المملكة العربية السعودية
جامعة الملك خالد
عمادة الدراسات العليا
كلية الشريعة وأصول الدين
قسم الفقه

التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة)

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير
في الشريعة تخصص الأنظمة

اسم الطالب
حسن حسين حسن آل سلمان

اسم المشرف
الدكتور / محمد علي محمد عطاالله

١٤٣٢هـ ـ ٢٠١١م

بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــــــداء

هذه الرسالة مهداة إلى الوالدة العزيزة حفظها الله ورعاها وأمد الله في عمرها .

شكر وتقدير

أتممت عامين تولت وانقضت منذ ميلاد اللحظة التي انطلقت فيها الرسالة بعنوانها وعنوانها، لتظهر بإذن الله في أبهى حلة حاملة في طياتها جملة من المعارف ،فالفضل لله بدءا ومنتهى ويتحتم علي الحال إلا أن أشير بسبابة الإشادة والامتنان لكلية الشريعة بجامعة الملك خالد ولقسم الفقه ولسعادة الدكتور / محمد علي محمد عطاالله ، الذي تلتطم كلماتي لتشكره إزاء توجيهه وإرشاده لي طيلة الفترة التي شرفت بإشرافه على رسالتي فقد كان قلبه قبل بيته على المصراعين مفتوحة لي ولا يفوتني أن اشكر الأساتذة الأفاضل الذين تفضلوا بقبول رسالتي وطرحها للمناقشة

سعادة الدكتور / محمد محمد سيد أحمد عامر

سعادة الدكتور / شحاته عبدالمطلب حسن أحمد

والمول أسأل أن يوفقنا لطاعته أنه ولي ذلك والقادر عليه.

ملخص الرسالة

جامعة : الملك خالد
الكلية المانحة : الشريعة وأصول الدين
القسم العلمي : الفقه
التخصص : أنظمة
الدرجة العلمية : الماجستير

عنوان الرسالة : التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي
(دراسة مقارنة)

اسم الطالب : حسن حسين حسن آل سلمان
الرقم الجامعي : ٤٢٨٨١٠٠٢٧
اسم المشرف : محمد علي محمد عطاالله

تاريخ المناقشة : ١٧/ ٧ / ١٤٣٢هـ

الملخص :

اشتملت الرسالة على مقدمة ، وتمهيد ، وأربعة فصول ، وخاتمه ، وتضمنت المقدمة على أهمية الموضوع ، وأسباب اختياره ، والدراسات السابقة ، ومنهج البحث ، وخطته ، واشتمل التمهيد على التعريف بمفردات العنوان حيث عرفت التحكيم في النظام السعودي ورجحت التعريف التالي :(وسيلة من الوسائل التي يتوجهها بفصل في المنازعات ، يختارها المتنازعون للفصل في النزاع الناشئ بينهم عن طريق طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين (محكم أو محكمين) للبت فيه دون اللجوء إلى الجهة المختصة أصلاً بالفصل في مثل هذا النوع من المنازعات و في حالة اختيار أكثر من شخص يجب أن يكون عددهم وتراً) ورجحت في الفقه الإسلامي تعريف الحنفية للتحكيم وهو :(توليه الخصمين حاكماً يحكم بينهما) ثم عرفت العقد الإداري في النظام السعودي وخلصت بأنه :العقد الذي تبرمه الحكومة أو أحد أشخاصها العامة، بقصد إدارة مرفق عام بشكل يضمن سيره بانتظام واطراد، أعده في تعاقدها بوسائل النظام العام، وخلصت إلى تعرفه في الفقه الإسلامي بأنه : عقدٌ تبرمه الجهة الإدارية أو من يقوم مقامها مع جهة خاصة، لتسيير مرفق عام، مستخدمةً سلطتها الإدارية ، ثم ذكرت ما يميز العقد الإداري عن القضاء الإداري

والصلح في النظام السعودي والفقه الإسلامي ، واشتمل الفصل الأول على أنواع التحكيم في العقود الإدارية وذكرت بعض الأنواع وهي غير محصورة فيما ذكرت بل تتعدد باختلاف العصر وتطوراته واختلاف حاجاته ، ثم ذكرت مبررات اللجوء إلى التحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفي المبحث الثالث بينت حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية وتوصلت إلى أن النظام يجيز التحكيم فيها كمبدأ عام ،ولكن يشترط الحصول على الإذن المسبق من رئيس مجلس الوزراء على التحكيم فيها ، وخلصت كذلك إلى أن الفقه الإسلامي يجيز التحكيم فيها لدخولها ضمن الأموال التي اتفق الفقهاء على جواز التحكيم فيها ، وفي الفصل الثاني درست ثلاثة عقود إدارية رئيسة وبينت موقف النظام من التحكيم فيها والفقه الإسلامي وهي عقود الأشغال العامة وعقود البوت (B0O.T) وعقود التوريد ، وفي الفصل الثالث بينت طرق الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وهي :

١ -شرط التحكيم

٢ -مشارطة التحكيم

٣ -الموافقة الأولية على التحكيم

واشتمل الفصل الرابع على تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية من حيث الجهة المختصة بالتنفيذ وكيفية تنفيذ الحكم في النظام السعودي والفقه الإسلامي .

وفي الخاتمة وصلت إلى أكثر من أربعين نتيجة وتوصية خصصت بها هذا البحث .

Abstract

University: King Khalid

Total donors: law and theology

Scientific Section: Jurisprudence

Specialization: Systems

Degree: Master's

Subject: arbitration in administrative contracts in the Saudi regime and the Islamic jurisprudence

(Comparative study)

Student Name: Hassan Hussein Hassan Al Salman

University ID: 428810027

Name of Supervisor: Mohamed Ali Mohamed Atallah

Date of discussion: 17/07/1432 AH

Abstract:

Included the message on the front, paving, and four chapters, and epilogue, which included the introduction on the importance of the subject, and the reasons for his choice, and previous studies and the methodology of pure, and his plan, and included the boot on the definition of vocabulary, the address where you know the arbitration in the Saudi regime and suggested the following definition: (and means that which separates the dispute chosen by the disputants to settle the dispute arising, including by asking the dispute to a particular person or persons (an arbitrator or arbitrators) to decide it without recourse to the authority originally competent to adjudicate in such kind of disputes, and if you choose more than one person must to be odd in number) and more likely in Islamic jurisprudence defining the tap of the arbitration: the (inauguration foes ruler governs them), then known as the administrative contract in the Saudi regime and concluded that: the contract concluded by the government or a Ochkasa public, in order to facility management in a way that guarantees walking regularly and

consistently, taken in its contract by means of public order, and concluded that you know in Islamic jurisprudence that: a contract entered into an administrative body or its substitute with a private party, for the conduct of a public facility, using its power management, and then said what distinguishes the administrative contract for administrative justice and peace in the Saudi regime and the Islamic jurisprudence and included the first chapter on the types of arbitration in administrative contracts, said some species are not confined as reported, but multiple different times and the developments and the different possessions, then stated justifications for resorting to arbitration in the Saudi regime and Islamic jurisprudence in the third section showed the rule of asylum L. arbitration in administrative contracts and reached that the system allows for arbitration in which a general principle, but is required to obtain prior authorization from the Prime Minister to arbitrate it, and also concluded that Islamic law allows for arbitration in which to enter into funds that unanimously agreed on the inadmissibility of arbitration and, in the second chapter examined three decades of administrative head and stated the position of the system of arbitration and the Islamic jurisprudence, a public works contracts and contracts for bots (BOO.T) and supply contracts, and in the third quarter showed ways to agree on arbitration in administrative contracts in the Saudi regime and Islamic jurisprudence, namely:

1 - the arbitration clause

2 - charter party arbitration

3 - Preliminary approval of a arbitration

The fourth quarter included the implementation of the arbitration award in administrative contracts, where the competent authority of the implementation, and how to execute the sentence in the Saudi regime and Islamic jurisprudence.

At the conclusion reached as a result of forty More and concluded with

قائمة المحتويات

البسملة
الإهداء ..... أ
شكر وتقدير ..... ب
ملخص الرسالة باللغة العربية ..... ج
ملخص الرسالة باللغة الانجليزية ..... د
قائمة المحتويات ..... هـ

الموضوعات — رقم الصفحة

المقدمة ١
أهمية الموضوع ٤
أسباب أختيار الموضوع ٥
الدراسات السابقة ٦
أهداف البحث ٩
منهجي في البحث ٩
خطة البحث ١١
تمهيد : ١٨
المبحث الأول : التعريف بالتحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي ١٩
المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في النظام السعودي ٢٠

المطلب الثاني : التعريف بالتحكيم في الفقه الإسلامي..... ٢٣

الفرع الأول : التعريف بالتحكيم في اللغة ٢٣

الفرع الثاني : التعريف بالتحكيم في الاصطلاح ٢٤

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ٢٧

المبحث الثاني : التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ٢٩

المطلب الأول : التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي..... ٣٠

المطلب الثاني : التعريف بالعقود الإدارية في الفقه الإسلامي.....٣٧

الفرع الأول: التعريف بالعقد في اللغة.....٣٧

الفرع الثاني: التعريف بالعقد في الاصطلاح..... ٣٩

الفرع الثالث : تعريف الإداري في اللغة.....٤١

الفرع الرابع: تعريف الإداري في الاصطلاح..... ٤٢

الفرع الخامس: التعريف بالعقد الإداري في الفقه الإسلامي..... ٤٤

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ٤٦

المبحث الثالث : تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي والفقه الإسلامي ..... ٤٧..

المطلب الأول : تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي ٤٨

الفرع الأول : تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء الإداري..... ٤٨

الفرع الثاني : تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح..... ٥٣

المطلب الثاني : تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في الفـقه الإسلامي..... ٥٦

الفرع الأول: تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء ٥٦

الفرع الثاني: تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح..... ٥٧

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ٦٠

الفصل الأول :أنواع التحكيم في العقود الإدارية ومبرراته وحكم اللجوء إليه..... ٦٢

المبحث الأول : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النـظام السـعودي والفقه الإسلامي ٦٤

المطلب الأول : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ٦٥

الفرع الأول : التحكيم الاختياري والإجباري في العقود الإدارية ٦٥

الفرع الثاني : التحكيم الخاص و المؤسسي في العقود الإدارية ٧١

الفرع الثالث :التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في العقود الإدارية ٨٢

المطلب الثاني : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي..... ٨٦

الفرع الأول : التحكيم الاختياري والإجباري في العقود الإدارية ٨٦

الفرع الثاني : التحكيم الموقت والدائم في العقود الإدارية..... ٨٨

الفرع الثالث : التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في العقود الإدارية.....٩٠

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي ٩٣

المبحث الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي.....٩٥

المطلب الأول : مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي .. ٩٦.

المطلب الثاني : مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي ١٠١

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي ١٠٤

المبحث الثالث : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي ١٠٥

المطلب الأول : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي...١٠٦

المطلب الثاني : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.... ١١٣

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ١١٩

الفصل الثاني:العقود الإدارية الرئيسة محل التحكيم ١٢٠

التمهيد : مفهوم المنازعة الإدارية في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي.....١٢١

المطلب الأول : مفهوم المنازعة الإدارية في العقود الإدارية في النظام السعودي..... ١٢٢

المطلب الثاني : مفهوم المنازعة الإدارية في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي ١٢٤

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ١٢٧

المبحث الأول: التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقـه الإسـلامي

..... ١٢٨

تمهيد :في التعريف بعقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقه الإسلامي.....١٢٩

المطلب الأول : التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي.....١٣٨

المطلب الثاني : التحكيم في عقود الأشغال العامة في الفقه الإسلامي ١٤٨

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ١٥٠

المبحث الثاني: التحكيم في عقود البوت B.O.T في النظام السعودي والفقـه الإسـلامي

..... ١٥١

تمهيد : في التعريف بعقود البوت B.O.T في النظام السعودي والفقه الإسلامي... ١٥٢

المطلب الأول : التحكيم في عقود البوت B.O.T في النظام السعودي ١٥٨

المطلب الثاني : التحكيم في عقود البوت B.O.T في الفقه الإسلامي ١٦٧

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ١٧٣

المبحث الثالث : التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي والفقه الإسلامي... ١٧٥

تمهيد :في التعريف بعقود التوريد في النظام السعودي والفقه الإسلامي ١٧٥

المطلب الأول : التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي ١٨٢

المطلب الثاني : التحكيم في عقود التوريد في الفقه الإسلامي..... ١٨٤

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ١٨٧

الفصل الثالث :طرق الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ١٨٧

المبحث الأول :في الطريق الأول : شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ١٨٨

المطلب الأول : مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي..... ١٨٩

المطلب الثاني : مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي..... ١٩٩

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ٢٠٦

المبحث الثاني :في الطريق الثاني: مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي ٢٠٧

المطلب الأول : مفهوم مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي..... ٢٠٨

المطلب الثاني : مفهوم مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي..... ٢١٢

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ٢١٦

المبحث الثالث : في الطريق الثالث :شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي ٢١٧

المطلب الأول : شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي..... ٢١٨

تمهيد:.....٢١٩

الفرع الأول : مفهوم شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.....٢١٩

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على عدم أخذ الموافقة الأولية على التحكيم في العقـود الإدارية.....٢٢٣

المطلب الثاني : شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في الفقـه الإسلامي.....٢٢٨

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي..... ٢٣٥

الفصل الرابع: تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية ٢٣٨

المبحث الأول : الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي ٢٣٩

المطلب الأول: الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.....٢٤٠

المطلب الثاني : الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.....٢٤٢

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي ٢٤٥

المبحث الثاني : كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي ٢٤٧

المطلب الأول : تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ٢٤٨

الفرع الأول : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي..... ٢٤٨

الفرع الثاني :الاعتراض على حكم المحكمين ورفض تنفيذه من قبل أحد الأطراف في النظام السعودي ٢٥١

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.. ٢٦٠

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي ٢٦٩

الخاتمة :

أولاً :النتائج ٢٧٤

ثانياً :التوصيات.....٢٨١

الفهارس الفنية :.....٢٨٤

١- فهرس الآيات القرآنية. ٢٨٥

٢- فهرس الأحاديث النبوية والآثار.....٢٨٧

٣- فهرس الأعلام.....٢٨٩

٤- فهرس ا لمراجع والمصادر..... ٢٩١

المقدمة

الحمد لله نحمده،ونستعينه،ونستهديه،ونستغفره،ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا،من يهدى الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله أدى الأمانة ونصح الأمة وجاهد في الله حق جهاده حتى أت ـــاه اليقين ﷺ .

أما بعد :

فقد حظيت نظرية العقد الإداري بالدراسات والبحوث العديدة لأهميتها وتميزها عن العقود الأخرى، ومن أبرز هذه المميزات ما يلي :

١. في العقود الإدارية تظهر سلطة جهة الإدارة وهيمنتها في العقد،وعلو إرادتها على إرادة الطرف المتعاقد معها.

٢. أن هدف العقود الإدارية الأصيل عند إبرامها العقد هو الصالح العام.

٣. تتجلى في العقود الإدارية امتيازات السلطة العامة،والتي لا نظير لها في علاقات الأفراد فيما بينهم نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة.

لذلك كانت العقود الإدارية تختلف اختلافًا جوهريًا عن عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ذلك لأن هذا النوع الأخير من العقود تحكمه من الناحية الموضوعية قواعد القانون

الخاص،ويسري عليه -كقاعدة عامة- ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم[١].

لهذه الاعتبارات وغيرها فإن بعض الدول خصصت قضاءً إداريًا للنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بصفة خاصة والمنازعات الإدارية الأخرى بصفة عامة، تابعا للسلطة القضائية في الدولة، فهو وسيلة من الوسائل التي تفض فيها منازعات العقود الإدارية.

ولا يعتبر القضاء الإداري الوسيلة الوحيدة للفصل في منازعات العقود الإدارية، فهناك وسائل أخرى للفصل في منازعاته،لكون منازعاته يسري عليها ما يسري على المنازعات الأخرى من حيث الفصل فيها وإنهائها،حيث إن المنازعات بصفة عامة يتم نظرها والفصل فيها بثلاث طرق:

الطريق الأول:طريق رسمي؛ وهو إنهاء المنازعة عن طريق القضاء باعتباره سلطة تابعة للدولة.

الطريق الثاني:الصلح الذي يتوصل إليه الخصوم، بتنازلهم عن بعض مطالبهم.

الطريق الثالث:التحكيم الذي يتم فيه نظر المنازعة والفصل فيها،بتولية المتنازعين حكمًا يرتضيانه ليحكم بينهما

ويعتبر هذا الطريق وهو التحكيم قضاء غير رسمي يقف بجانب القضاء،كما أنه يعد تنظيماً قضائياً تشرف عليه الدول من ضمن تنظيماتها القضائية.

---

(١) الطماوي ،سليمان محمد ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، ص٢ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٤٢٩هـ.

والتحكيم من أقدم الوسائل لحل المنازعات منذ قديم الزمن؛فقد نشأ قبل الدولة، فهو قديم قدم المجتمعات حيث كان سائداً في المجتمعات القبلية ، وكان عُرفا في المجتمعات الفرعونية واليونانية والرومانية[1].

أما في الوقت المعاصر فإن التحكيم يلعب دوراً هامًا في الفصل في المنازعات، فقد أخذت القوانين المعاصرة بمبدأ التحكيم-بجانب القضاء - لفض المنازعات بعيدا عن القضاء وإجراءاته الطويلة.

كما أن التحكيم يعتبر إحدى الوسائل التي تساعد على تشجيع أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار. ولعل أكثر عقود الدولة في دول العا لم الثالث أخذا بأسلوب التحكيم كوسيلة لفض المنازعات هي عقود استثمار الثروات الطبيعية كالنفط والغاز والمعادن، وعقود الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية المعروفة اختصارا باسم B.O.T .

ونظرا لاتساع التعاملات الاقتصادية وحاجة الدول إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتشجيع الاستثمار،ومع زيادة العقود التي تبرمها جهة الإدارة لتسيير مرافقها،فإن التحكيم قد امتد فشمل كذلك المنازعات التي تنشأ من العقود الإدارية فأصدرت الدول القوانين المنظمة للتحكيم في العقود الإدارية.

ففي المملكة العربية السعودية عَرف النظام السعودي التحكيم -كغيره من الأنظمة المعاصرة-،واتخذه وسيلة من وسائل فض المنازعات انطلاقًا من مشروعيته في الإسلام.

---

(١) محمود ،سيد أحمد ،التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، ص.١٠،الطبعة الأولى،القاهرة،١٩٩٨م.

وصدر نظام التحكيم بالمرسوم الملكي رقم م /٤٦/ وتاريخ ١٤٠٣/٣/١٢هـ واللائحة التنفيذية التي صدرت بقرار مجلس الوزراء رقم٢٠٢١/٧/م في ١٤٠٥/٩/٨هـ لينظم أحكام التحكيم ، حيث تضمنت المادة الثالثة من هذا النظام إمكانية اللجوء إلى التحكيم في جميع المنازعات أياً كانت طبيعتها أو نوعها أو موضوعها بعد الحصول على الأذن من رئيس مجلس الوزراء .

ونظراً لأهمية موضوع التحكيم في العقود الإدارية كما سبق بيانه، قررت بعد استخارة الله عز وجل واستشارة أهل الفضل أن يكون بحثي تحت عنوان (التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي)

أهمية الموضوع :

تبرز أهمية هذا الموضوع فيما يلي:

أولاً : أهمية العقود الإدارية حيث إنها تعتبر إحدى وسائل الدولة في تنفيذ مشروعاتها وبرامجها الإنمائية

ثانياً: تتجلى أهمية هذه الدراسة في كونها مخصصة في منازعات العقود الإدارية التي بقيت كثيراً غائبة عن الباحثين على عكس التحكيم التجاري والتحكيم الدولي التي أشبعت بحثاً ودراسة .

ثالثاً : تظهر أهمية هذا الدراسة في أن التحكيم يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء وسرعة الفصل في المنازعات .

رابعاً : تعدد طرق التحكيم في العقود الإدارية ، مما يجب معه اختيار الطريقة المناسبة .

أسباب اختيار الموضوع :

إضافة إلى ما سبق في أهمية الموضوع هناك جملة من الأسباب منها :

أولا:أنّ موضوع البحث يعتبر من الموضوعات المستحدثة، والتي بدأت تظهر أهميته على صعيد سن القوانين .

ولأهمية ذلك فقد راعى ديوان المظالم بالمملكة العربية السعودية ذلك فصدر قرار رئيس ديوان المظالم رقم ٧٢ في ١٤٢٩/٤/١هـ متضمناً: تشكّل لجنة علمية دائمة لشؤون التحكيم، برئاسة معالي نائب رئيس الديوان تختص بشؤون التحكيم.

ثانياً:زيادة التعاقدات في الوقت الراهن بين جهة الإدارة والشركات الأجنبية ، مما زاد معه أهمية التحكيم حيث إن الطرف الأجنبي يرغب في الغالب أن يلجأ إلى التحكيم في حالة نشوء منازعة بينهما.

لذا كان من الضروري دراسة هذا الموضوع ومعرفة حكم لجوء الإدارة إلى التحكيم في العقود الإدارية.

ثالثاً: أن التحكيم في هذا العصر قد تطور تطوراً كبيراً فلم يعد حاله كالسابق في نظر المنازعة من قبل شخص أو أكثر بل ظهر العديد من الشخصيات المعنوية على شكل هيئات وغرف تحكيمية لها كياناتها المستقلة ونظامها الخاص مهمتها فقط الفصل في النزاعات.

رابعاً : أن هذه الدراسة مقارنة بين النظام والفقه في التحكيم في العقود الإدارية ،مما يجعلها تضيف شيئاً جديداً بإذن الله عز وجل .

الدراسات السابقة :

لقد قمت بالقراءة في هذا الموضوع والاطلاع على المؤلفات والبحوث العلمية في المملكة و لم أجد شيئاً قد سجل بهذا العنوان .

لكن هناك بحوثاً ودراسات تحدثت عن التحكيم بوجه عام أذكر منها ما يلي:

الدراسة الأولى :

التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي

من إعداد خالد عبدالعزيز الدخيل

بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير من جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية عام ١٤٢٥هـ

ملخص الرسالة

تشتمل على خمسة فصول وعدد من المباحث ، حيث بين في الفصل الأول ماهية التحكيم ومشروعيته والاتفاق عليه ، فقام بتعريف التحكيم والفرق بينه وبين القضاء ومشروعيته ومزاياه وكيفية الاتفاق عليه ثم ذكر في الفصل الثاني الشروط التي يجوز فيها التحكيم وفيها ثلاثةمباحث ،المبحث الأول عن الشروط في الفقه الإسلامي والمبحث الثاني الشروط في النظام والمبحث الثالث الحقوق التي لا يجوز فيها التحكيم أما الفصل الثالث عن المحكم وشروطه في الفقه وكيفية تعينه وأجرته وعزله وتعدد المحكمين أما الفصل الرابع فعن عن

حكم التحكيم وكيفية صدوره والإعلان به و أخيراً الفصل الخامس وذكر فيه عدداً من القضايا التطبيقية

وتتميز دراستي عن دراسة الدخيل بأنها مختصة في معرفة أحكام التحكيم في العقود الإدارية والتي لم يتطرق إليها الباحث في بحثه وتتفق مع الرسالة في الفصل الأول ولكن سوف يكون ما أذكره عن التحكيم وتعريفه من باب التمهيد للموضوع وبشكل مختصر

الدراسة الثانية :

التحكيم في الفقه الإسلامي

رسالة ماجستير مقدمة من الطالب /حسن أحمد الغزالي لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام ١٤٠٩هـ

ملخص الرسالة:تتكون من خمسة فصول جاء الفصل الأول في التعريف بالتحكيم وتأصيله والاتفاق عليه والفصل الثاني في الشروط المعتبرة في المحكم وتصرفاته المنافية للتحكيم ،والفصل الثالث في أهم تطبيقات التحكيم الواردة في النواحي الشرعية ، أما الفصل الرابع ففي حكم المحكم وحجيته ، وفي الفصل الخامس عن دراسة فقهيه لنظام التحكيم في المملكة العربية السعودية

وتختلف دراستي عن دراسة الغزالي بأنها مختصة في التحكيم في العقود الإدارية والتي لم يتطرق إليها الباحث ، كما أن هذه الدراسة سوف تكون مقارنة بين النظام والفقه .

الدراسة الثالثة :

مشروعية التحكيم في الخصومة بين الأفراد في الفقه والنظام السعودي

للطالب / صالح المشهور وهي بحث تكميلي لنيل شهادة الماجستير من المعهد العالي للقضاء عام ١٤١٤هـ

ملخص الرسالة :

وتتكون الدراسة من فصل تمهيدي وثلاثة فصول وعدة مباحث ، فقد ذكر الباحث في الفصل التمهيدي تعريف التحكيم لغة واصطلاحاً وأهميته ، وتاريخ التحكيم .

أما في موضوع التحكيم فقد اشتمل على ثلاثة فصول ، ذكر في الفصل الأول حكم التحكيم في الشريعة والنظام السعودي ،وفي الفصل الثاني أركان وشروط ومجالات التحكيم في الفقه والنظام السعودي ، أما الفصل الثالث فعن أثار التحكيم وانقضائه في الفقه والنظام السعودي

وتتميز دراستي عن دراسة المشهور بأنها مخصصة في بيان التحكيم في العقود الإدارية التي لم يتحدث عنها الباحث ، وما أذكره عن تعريف التحكيم سوف يكون بشكل مختصر وتمهيداً للموضوع .

أهداف البحث :

١. توضيح معنى العقد الإداري في النظام السعودي والفقه الإسلامي ومعيار تميزه عن العقود الأخرى.

٢. إبراز موقف المنظم السعودي من التحكيم في العقود الإدارية.

٣. مناسبة طرق الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية المعمول بها في النظام السعودي مع تطورات العصر.

٤. مدى مناسبة إجراءات تنفيذ حكم المحكمين في النظام السعودي مع مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية

٥. مقارنة ما ورد في النظام السعودي بشأن التحكيم في العقود الإدارية مع ما قرره الفقه الإسلامي .

منهجي في البحث :

١ - التمهيد لكل مسألة بما يوضحها إن استدعى المقام ذلك.

٢ - أبدأ بدراسة المسألة نظاماً ثم فقهاً ، ثم أقارن بينهما.

٣ - سأقوم بتعريف المصطلحات الرئيسة في البحث في النظام والفقه ، وسأورد التعريف اللغوي مع التعريف في الفقه.

٤ - توثيق مذاهب العلماء وأقوالهم من الكتب المعتمدة في كل مذهب.

٥ - توثيق آراء شُراح الأنظمة من الكتب النظامية الأصيلة.

٦ - توضيح النظام السعودي و مطابقته لأحكام الفقه الإسلامي .

٧ - بالنسبة للمسائل الخلافية_ عند وجودها_أقوم بتصوير المسألة ، ثم أذكر الأقوال فيها ناسباً كل قول لقائلة مع ذكر الأدلة والمناقشة ،ثم أبين القول الراجح مع ذكر أسباب الترجيح .

٨ - التزم بترقيم الآيات وعزوها إلى سورها من المصحف الشريف.

٩ - بالنسبة للأحاديث الواردة في الصحيحين أو أحدهما اكتفي بالتخريج منهما وإذا لم ترد فيهما أخرجها من مصادرها بذكر الراوي والكتاب والجزء والصفحة والصحة والضعف .

١٠ - عند نقل النص حرفيا أقوم بوضعه بين قوسين صغيرين ، ثم أشير له في الهامش بذكر المرجع مباشرة ، وعند نقله بالمعنى أورده بدون وضعه بين قوسين وأشير له بعبارة أنظر قبل اسم المرجع.

١١ - ترجمة الأعلام غير المشهورين ترجمة موجزة.

١٢ - أذيل البحث بفهارس.

خطة البحث :

وتشتمل على ما يلي :

مقدمة ، وتمهيد وأربعة فصول ، وخاتمة.

المقدمة :

وتشتمل على أهمية الموضوع ، وأسباب اختياره ، والدراسات السابقة ،ومنهج البحث،وخطته.

تمهيد :

التعريف بمفردات العنوان وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالتحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في النظام السعودي.

المطلب الثاني : التعريف بالتحكيم في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني : التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني : التعريف بالعقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الثالث : مميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول : مميز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء الإداري.

الفرع الثاني : مميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح.

المطلب الثاني : مميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

الفصل الأول

أنواع التحكيم في العقود الإدارية ومبرراته وحكم اللجوء إليه وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ويشتمل على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التحكيم الاختياري والإجباري في العقود الإدارية .

الفرع الثاني : التحكيم الخاص و المؤسسي في العقود الإدارية

الفرع الثالث :التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في العقود الإدارية .

المطلب الثاني : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المبحث الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي .

المطلب الثاني : مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المبحث الثالث : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي .

المطلب الثاني : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

الفصل الثاني

العقود الإدارية الرئيسة محل التحكيم وفيه تمهيد و ثلاثة مباحث :

التمهيد : مفهوم المنازعة الإدارية في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم المنازعة الإدارية في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني : مفهوم المنازعة الإدارية في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الأول: التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه تمهيد وثلاثة مطالب :

تمهيد :في التعريف بعقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي.

المطلب الثاني : التحكيم في عقود الأشغال العامة في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: التحكيم في عقود البوتB.O.T في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه تمهيد وثلاثة مطالب :

تمهيد : في التعريف بعقود البوت B.O.T في النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : التحكيم في عقود البوت B.O.T في النظام السعودي .

المطلب الثاني : التحكيم في عقود البوت B.O.T في الفقه الإسلامي .

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الثالث : التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه تمهيد وثلاثة مطالب :

تمهيد :في التعريف بعقود التوريد في النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المطلب الأول : التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي .

المطلب الثاني : التحكيم في عقود التوريد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث :مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

الفصل الثالث

طرق الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول :في الطريق الأول : شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني : مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني :في الطريق الثاني: مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : مفهوم مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني : مفهوم مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الثالث : في الطريق الثالث :شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني : شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

الفصل الرابع

تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية وفيه مبحثان :

المبحث الأول : الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني : الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المبحث الثاني : كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

الفرع الثاني :الاعتراض على حكم المحكمين ورفض تنفيذه من قبل أحد الأطراف في النظام السعودي .

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

الخاتمة :

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات

الفهارس الفنية :

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث النبوية.

٣- فهرس الأعلام.

٤- فهرس ا لمراجع والمصادر.

٥- فهرس الموضوعات.

والحمد لله رب العالمين

التمهيد

التعريف بمفردات العنوان وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: التعريف بالتحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المبحث الثاني: التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الثالث: تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المبحث الأول

التعريف بالتحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة

مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في النظام السعودي

المطلب الثاني : التعريف بالتحكيم في الفقه الإس_____ لامي

ويشتم____ل على فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالتحكيم في اللغة.

الفرع الثاني: التعريف بالتحكيم في الاصطلاح.

المطلب الثالث: الموازنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم في النظام السعودي

لم يتعرض النظام السعودي لتعريف التحكيم مثله مثل بعض الأنظمة، وإنما اكتفى بالإشارة إلى عناصره وأحكامه ومن الصعب أن نقدم تعريفاً جامعاً مانعاً للتحكيم بعيداً عن بعض الانتقادات، ومع ذلك سنلقي الضوء على بعض التعريفات التي قيلت في التحكيم لنخلص إلى تعريف التحكيم في النظام السعودي.

فقيل التحكيم هو: (الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به)[1].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه عرف اتفاق التحكيم و لم يعرف التحكيم لذاته كوسيلة لفض النزاع.

وقيل هو: (اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية)[2].

وهذا التعريف كالسابق عرف اتفاق التحكيم و لم يعرف التحكيم لذاته.

---

(١) أبو الوفاء ،أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، ص ١٥، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

(٢) المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤م.

وقيل هو: (نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي)[1].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه عرف اتفاق التحكيم و لم يعرف التحكيم لذاته كوسيلة لفض النزاع.

كما يؤخذ عليه أنه حمل التحكيم جزءاً من النظام القضائي في حين أن التحكيم نظاماً مستقلاً عن القضاء ويختلف عنه في عدد من الأمور.

وقيل هو (إجراء أو اتفاق يأذن به المشرع للجهات أو الأفراد – أو تتصرف إليه إرادة الطرفين المتعاقدين – بحُوّلهم إحالة ما يمكن أن ينشأ بينهم من منازعات (سواء بخصوص تنفيذ الالتزامات في عقد معين أو أيّة التزامات قانونية أخرى) إلى واحد أو أكثر من الأشخاص يسمون بالمحكمين، ليفصلوا في موضوعات وجوانب النزاع المعروض عليهم ويقولوا كلمتهم فيه، بدلاً من أن يفصل فيه (بداية) القضاء المختص إذا اقتضى الأمر ذلك)[2].

ويؤخذ على هذا التعريف طوله على خلاف المعهود في التعريفات حيث أن المقصود من التعريف إفادة المعنى بأقصر عبارة، كما أنه عرف اتفاق التحكيم و لم يعرف التحكيم لذاته.

---

(١) الحداد . حفيظة السيد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ص ٤٤ ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ م.

(٢) عبد الهادي. بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص١٤، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.

كما يؤخذ على التعريف استخدامه لأداة التخيير (أو) وهذا عيبٌ في التعريف يجب تجنبه.

وقيل هو: (وسيلة من الوسائل التي بموجبها يفصل في المنازعات ، يختارها المتنازعون للفصل في النزاع الناشئ بينهم عن طريق طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين (محكم أو محكمين) للبت فيه دون اللجوء إلى الجهة المختصة أصلاً بالفصل في مثل هذا النوع من المنازعات و في حالة اختيار أكثر من شخص يجب أن يكون عددهم وتراً)[1].

وهذا هو التعريف الراجح من وجهة نظري للتحكيم لعدة أمور منها:

١. سلامته من النقد الموجه إلى التعريفات السابقة حيث أن معظمها ينصب على تعريف اتفاق التحكيم، دون تعريف التحكيم لذاته كوسيلة لفض المنازعات.

٢. يؤيده نصوص نظام التحكيم السعودي حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين) ونصت المادة الرابعة على أنه : (يشترط في المحكم أن يكون من ذوي الخبرة، وحسن السيرة والسلوك، كامل الأهلية وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وتراً).

٣. أنه عرف التحكيم لذاته كوسيلة اختيارية يلجأ إليها أطراف المنازعة لفض النزاع القائم بينهما.

---

(١) البحاد، محمد ناصر، التحكيم في المملكة العربية السعودية، ص ١٨ ، معهد الإدارة العامة، ١٤٢٠ هـ، الرياض.

المطلب الثاني: التعريف بالتحكيم في الفقه الإسلامي ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: التعريف بالتحكيم في اللغة:

التحكيم مصدر، حكم يحكمُ تحكيماً قال ابن فارس (والحاء والكاف والميم أصل واحد وهو المنع وأول ذلك الحكم، وهو المنع من الظلم)[١].

وفعله حكّم ولو تتبعنا معاني كلمة حكّم ومشتقاتها لوجدناها كثيرة، ومن هذه المعاني ما يلي:

حكّم: بمعنى المخاصمة إلى الحاكم، ومن ذلك يقال: حكّمه في الأمر تحكيما، أمره أن يحكم بينهم، أو أجاز حكمه فيما بينهم[٢] .

وفي لسان العرب: حكموه بينهم: أمروه أن يحكم، ويقال، حكّمنا فلاناً حكيماً بيننا أي أجزنا حكمه بيننا، وحكّمه في الأمر فاحتكم: جاز فيه حكمه.

يقال: احتكموا إليه: تخاصموا إليه وجعلوه حكماً بينهم، وحاكمة إلى فلان : خاصمه إليه ليكون حكماً بينهما[٣].

وحكّمت تأتي بمعنى منعت ورددت ومن ذلك قيل للحاكم بين الناس حاكم، لأنه يمنع من الظلم[٤].

ويقال: (حكمت الشيء فاحتكم واستحكم) أي صار محكماً متقناً[٥].

---

(١) ابن فارس، أبي الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، دار الجيل،حـ ٢ ص ٩١،بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٠ هـ

(٢) انظر: الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، حـ ١ ص ١٤١٥ ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

(٣) انظر :ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، حـ ٢ ص ١٤٢، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى.

(٤) ابن منظور ، محمد بن مكرم، لسان العرب، حـ ٢ ص ١٤١، مرجع سابق.

(٥) الجوهري، إسماعيل بن حّماد، الصحاح، حـ٥ ص١٩٠٢، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٠م، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار.

ويتضح مما سبق أن مادة (حكم) في اللغة تأتي بعدة معانٍ منها:

١. المنع والرد ولذا سمي الحاكم حاكماً لأنه يمنع من الظلم.

٢. إحكام الشيء وإتقانه.

٣. المخاصمة إلى شخص آخر وإجازة حكمه.

والمعنى المقصود من هذه المعاني والذي يتفق مع البحث هو المعنى الثالث؛ فالتحكيم مخاصمة إلى شخص آخر وإجازة حكمه.

الفرع الثاني: التعريف بالتحكيم في الاصطلاح

عرف الفقهاء التحكيم بعدة تعريفات متقاربة منها:

تعريف الحنفية للتحكيم بأنه: (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما)[1] .

وعرفت مجلة الأحكام العدلية في مادتها رقم (١٧٩٠) التحكيم بأنه: (عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاهما يفصل خصومتهما ودعواهما ويقال لذلك حَكَم بفتحتين، ومُحَكِّم بضم الميم وفتح الحاء وتشديد الكاف المفتوحة)[2] .

ويؤخذ من كلام ابن فرحون المالكي بأن التحكيم هو: (تولية الخصمين حكماً يرتضيانه بينهما)[3].

---

(١) ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، حـ ٧ ص ٢٤ ، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية، وابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، حـ ٥ ص ٤٢٨، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت .

(٢) جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، حـ ١ ص ٣٦٥، دار النشر: كارخانه تجارة الكتب، تحقيق: نجيب هوادفي.

(٣) حيث قال: (التحكيم: ومعناه أن الخصمين إذا حكّما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما فإنه حائز في الأموال وما في معناها) ابن فرحون ، إبراهيم بن محمد ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، حـ ١ ص٥٠ دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت ،١٤٢٢ هـ .

ويؤخذ من كلام الماوردي الشافعي بأن التحكيم هو: (تحكيم الخصمين رجل من الرعية ليقضي بينهما)[1] .

ويؤخذ من كلام ابن قدامة الحنبلي أن التحكيم هو: (تولية الشخصين حكماً صالحاً للقضاء يرتضيانه للحكم بينهما)[2].

ومن خلال العرض السابق لتعريف التحكيم عند الفقهاء يمكن ملاحظة ما يلي:

١. انفرد المذهب الحنفي بتعريف التحكيم في الاصطلاح بينما اكتفى فقهاء المذاهب الأخرى بتوضيح وظيفته.

٢. تتفق جميع التعريفات السابقة على ثلاثة أمور هي:

أ. أن للتحكيم طرفين هما: الخصوم والمحكم.

ب. التولية تقع من الخصوم للحكم.

ج. الغرض من التحكيم إصدار حكم لأحد أطراف المنازعة ينهي النزاع.

٣. تعريفات المذهب الحنفي والمالكي والشافعي متقاربة في العبارات ومدلولها واحد.

---

(١) حيث قال:(تحكيم الخصمين شخصاً ، وإذا حكّم خصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعاه في بلد فيه قاض أو ليس فيه قاض جاز)الماوردي، علي بن محمد ، أدب القاضي، حـ ٢ ص ٣٧٩ ، مطبعة الإرشاد، بغداد ، ١٩٧١م.

(٢) حيث قال: (وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكّماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما)ابن قدامة، عبد الله بن أحمد ، المغني ، حـ ١٠ ص١٣٧ ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ.

ومن التعريفات المعاصرة تعريف وهبة الزحيلي للتحكيم بقوله: (أن يحكم المتخاصمان شخصاً آخر لفض النزاع القائم بينهما على هدى حكم الشرع)[1].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه عرف التحكيم بقوله: (أن يحكم) وهذا يقتضي الدور في التعريف، وهذا عيب في التعريف ينبغي تجنبه.

والتعريف الراجح من بين هذه التعاريف من وجهة نظري هو تعريف الحنفية للتحكيم بأنه: (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما).

لعدة أسباب منها:

١. سلامته من النقد الموجه للتعريفات السابقة.

٢. انفراد المذهب الحنفي لتعريف التحكيم في الاصطلاح.

٣. اشتماله على جميع عناصر العملية التحكيمية.

٤. جعل التولية من الخصوم للمحكم وهذا يفيد أمرين:

الأمر الأول: اعتبار الخصوم طرفاً متحداً في التحكيم، والمحكم طرفاً آخر.

الأمر الثاني: لزوم وقوع الرضا من كلا الطرفين بالتولية، لأن الرضا إذا صدر عن طرف واحد لا يعد تولية[2].

---

(١) الزحيلي، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ،جـ ٨ص ٦٢٥٠ ، دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة ، ١٤١٨ هـ

(٢) الغزالي، حسن أحمد، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ٢٦، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٠٩هـ

المطلب الثالث: المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي

من خلال النظر في التعريفين المختارين للتحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي يمكن ملاحظة ما يلي:

١. يتفق تعريف التحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي على اشتمالهما على عناصر العملية التحكيمية وهي:

أ. الاتفاق بين الخصمين على طرح النزاع الذي بينهما على شخص معين أو أشخاص معينين غير الجهة المختصة أصلاً بفصل النزاع.

ب. أطراف التحكيم: طرفان وهما الطرف الأول: الخصوم. والطرف الثاني: المُحكم أو هيئة التحكيم.

ج. محل التحكيم: وهو فض النزاع وإصدار الحكم.

٢. تميز تعريف التحكيم في النظام السعودي بأنه عرف التحكيم لذاته كوسيلة لفض النزاع، في حين أن الفقه الإسلامي عرف اتفاق التحكيم و لم يعرف التحكيم لذاته.

٣. يؤخذ على تعريف التحكيم في النظام السعودي طول عباراته وإدخال بعض العبارات التي يمكن الاستغناء عنها في التعريف مثل اشتراط أن يكون عدد المحكمين وتراً حيث يمكن أن تكون شرطاً في اتفاق التحكيم، بينما تعريف

التحكيم في الفقه الإسلامي تميز بقصر عباراته واشتماله على جميع عناصر العملية التحكيمية بأقصر عبارة وهذه ميزة في التعريف.

المبحث الثاني

التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي

المطلب الثاني: التعريف بالعقود الإدارية في الفقه الإسلامي يشتمل على خمسة فـــــــــــــــــــــــروع:

الفرع الأول: التعريف بالعقد في اللغة.

الفرع الثاني: التعريف بالعقد في الاصطلاح.

الفرع الثالث : تعريف الإداري في اللغة.

الفرع الرابع: تعريف الإداري في الاصطلاح.

الفرع الخامس: التعريف بالعقد الإداري في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي

المطلب الأول: التعريف بالعقود الإدارية في النظام السعودي

لم ينص النظام السعودي على تعريف العقد الإداري، لكن من خلال النظر إلى نظام ديوان المظالم في المملكة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ في ١٤٢٨/٩/١٩ هـ ، نجد أن المادة الثالثة عشر تنص على أنه : (تختص المحاكم الإدارية بالفصل فيما يلي: الدعاوي المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها...) وبالنظر كذلك إلى نظام ديوان المظالم الملغي[1] الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧ هـ نص في المادة الثامنة فقرة (د) على أن اختصاص الديوان النظر في : (الدعاوي المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية طرفاً فيها) وأشارت المذكرة الإيضاحية لديوان المظالم بالعبارة التالية: (... كما ينبه أن المراد بالعقد هو العقد مطلقاً سواء كان العقد إدارياً بالمعنى القانوني، أم عقداً خاصاً بما في ذلك عقود العمل).

ونلحظ مما سبق عدة أمور منها:

١ -عرف ديوان المظالم العقد الذي يختص بالنظر في المنازعات الناشئة عنه، على أساس أن الإدارة طرفاً فيه سواء كان عقداً إدارياً أم عقداً خاص.

٢ -أن المنظم السعودي اعتمد المعنى القانوني لتعريف العقد الإداري، وهذا يجعلنا نعرض التعريفات القانونية للعقد الإداري لنخلص إلى التعريف المناسب للعقد الإداري في النظام السعودي وذلك على النحو التالي:

١ -تعريف العقد الإداري في فرنسا:

---

(١) نصت المادة السادسة والعشرون من نظام ديوان المظالم الجديد على أنه: (يحل هذا النظام محل نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م /٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧ هـ)

عرّف العقد الإداري، وفقاً للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه: (ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام)[1].

٢- تعريف العقد الإداري في مصر:

عرفت المحكمة الإدارية المصرية العقد الإداري بأنه: (هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر فيه نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون)[2] .

ومن التعريفات كذلك للعقد الإداري بأنه: (عقد يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره، ومستخدماً وسائل القانون العام)[3].

وعُرّف العقد الإداري بأنه: (كل عقد يبرم من قبل شخص معنوي عام، ويشمل مساهمة المتعاقد في تنظيم وتسيير مرفق عام، أو يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص)[4].

ومن خلال ما سبق من التعريفات يتضح لنا بأن العقد لا يعتبر إدارياً إلا إذا توفر فيه ثلاثة شروط وهي[1]:

---

(١) حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦م في القضية رقم ٢٢٣ لسنة ١٠ قضائية نقلاً من الطماوي، محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ٥٨، مرجع سابق.

(٢) حكم المحكمة الإدارية المصرية في القضية رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق بجلسة ٣٠ من ديسمبر سنة ١٩٦٧ م، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا، السنة الثالثة عشر رقم ٤٨ : ٣٥٩ ، نقلاً من كتاب الظاهر، خالد خليل، القضاء الإداري، ص ٣٤١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض ، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ.

(٣) البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، ص ٢٨، دار الفكر العربي الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ.

(٤) شفيق، علي شفيق، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة، ص ٢٢٢، الإدارة العامة للطباعة والنشر، معهد الإدارة العامة، ١٤٢٣ هـ.

١ -إبرام العقد من قبل جهة إدارية.

٢ -اتصال العقد بتنظيم وتسيير مرفق عام.

٣ -وجود شروط غير مألوفة في القانون الخاص.

وسوف أقوم بشرح كل شرط من هذه الشروط بإيجاز وأبين موقف النظام السعودي منه حتى يمكن التوصل إلى تعريف العقد الإداري في النظام السعودي.

أولاً: شرط إبرام العقد من قبل جهة إدارية.

ويقصد بهذا الشرط أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، كالدولة، أو الهيئات والمؤسسات ذات الشخصية المعنوية، أو الإدارات المحلية[١] .

وفي المملكة نجد أن ديوان المظالم يحرص على وجود عنصرين متلازمين لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وهما[٢] :

١ -صلة العقد بأحد المرافق العامة وبشكل يضمن سير المرفق بانتظام واطراد.

٢ -أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

ثانياً: شرط اتصال العقد مباشرة بمرفق عام.

ويقصد بهذا الشرط أن يتضمن العقد ما يفيد أنه متصل بأحد المرافق العامة بحيث يشارك المتعاقد بتنفيذ أعمال ذات صلة بالمرفق وأداء الخدمة نفسها[٣].

ويقصد بالمرفق العام من الناحية الشكلية : الهيئة أو المنظمة التي تمارس النشاط[٤]

---

(١) انظر: البنا، محمود عاطف، ص ٣٣٢، مرجع سابق، وعلي شفيق، ص ٢٢٣ وما بعدها ، مرجع سابق.

(٢) شفيق، علي شفيق، ص ٢٢٣، مرجع سابق.

(٣) نص عليه ديوان المظالم في قرارة رقم ٨٦/١٣ لعام ١٤٠٠ هـ.

(١) شفيق، علي شفيق، ص٢٢٤، مرجع سابق.

ومن الناحية الموضوعية: يعني الخدمة أو النشاط الذي يشبع حاجة جماعية[٢].

وقيل هو: (كل نشاط ذو مصلحة هامة يقوم به شخص إداري أو جهة إدارية أي وجود تطابق بين المدلول الشكلي والمدلول الموضوعي)[٤].

وقيل هو: (مشروعات تنشئها الدولة بقصد تحقيق غرض من أغراض النفع العام، ويكون الرأي الأعلى في إدارتها للسلطة العامة)[٥] .

من خلال هذا التعريف، نجد أنه لا بد من توافر ثلاثة عناصر تميز المرافق العامة عن المشروعات الخاصة وهي[١]:

١ -أن تقوم الدولة بإنشاء المشروع.

٢ -أن يكون القصد منه تحقيق النفع العام.

٣ -أن يخضع للسلطة العامة.

وفي المملكة نجد أن المنظم يعتبر فكرة المرفق العام هي الأساس في مبادئ وقواعد القانون الإداري[١] .

ويتضح هذا المعنى في النص الوارد في قرار ديوان المظالم الصادر في عام ١٤٠٠ هـ والذي ينص على: (... حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهي القاعدة

---

(٢) نصار، حابر حاد، العقود الإدارية، ص ٣٨، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية.

(٣) نصار، حابر حاد، ص ٣٩ ، مرجع سابق.

(٤) شفيق، علي شفيق، ص٢٢٤، مرجع سابق.

(٥) مهنا ، محمد فؤاد، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ص ٢٥٤ ، مؤسسة شباب الجامعات، الإسكندرية، ١٩٧٨م.

(٦) هيكل ، السيد خليل، القانون الإداري السعودي، ص٧٧، دار الزهراء، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

(١) انظر: شفيق، علي شفيق، ص ٢٢٦، مرجع سابق.

الأصولية والمبدأ الأساسي الذي منه تستمد كل قواعد النظم الإدارية ومنها نظام المناقصات والمزايدات ونظام تأمين مشتريات الحكومة، وكل نظريات الفقه والقضاء الإداري)[٢] .

وأما عن شرط اتصال العقد بالمرفق العام، فنجد أن قرارات وأحكام ديوان المظالم تؤكد عليه، ومن ذلك حكم هيئة تدقيق القضايا الصادر في عام ١٤٠٩ هـ ، حيث جاء فيه (إن عدم النص في العقد على تلك الغرامة لا يعني إسقاط حكمها في مجال العلاقات التعاقدية، ذلك أن العقوبات المقررة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها إنما شرعت لمصلحة المرفق الذي اتصل به العقد، وهذا يدخلها ضمن الأحكام المتعلقة بالنظام العام) [٣].

ثالثاً: شرط وجود شروط غير مألوفة.

لا يوجد تعريف أو معيار محدد لبيان المقصود بالشروط الغير المألوفة، وفي محاولة لتعريف هذه الشروط يستخدم القضاء الإداري الفرنسي أحياناً تعبير الشروط التي تمنح المتعاقدين حقوقاً والتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يقبلها أي متعاقد في إطار القوانين المدنية والتجارية[١].

وقيل هي الشروط الاستثنائية الغير المألوفة في العقود الخاصة كوضع امتيازات أو جزاءات من طرف واحد ولا يتمتع بها المتعاقد الآخر[٢] .

---

(٢) قرار ديوان المظالم رقم ٢/د/٤ لعام ١٤٠٠ هـ ص ٤٥، المجموعة ، قرارات عام ١٤٠٠ هـ.

(٣) قرار رقم ١٨١/ت /١ لعام ١٤٠٩ هـ في القضية رقم ١/٧٨١/أ لعام ١٤٠٨ هـ . صيانة فروع إمارة مكة المكرمة، غير منشور، نقلاً من شفيق، علي شفيق، ص ٢٢٦، مرجع سابق.

(١) انظر: البنا، محمود عاطف، ص ٤٦، مرجع سابق.

(٢) انظر: شفيق، علي شفيق، ص ٢٢٦ ، ٢٢٧ ، مرجع سابق.

ولا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة طرفاً فيه، ولا يكفي أن يتصل موضوعه بمرفق عام ، وإنما يلزم أن تأخذ الإدارة في تعاقدها بوسائل القانون العام[٣] .

وإذا خلى العقد من هذه الشروط غير المألوفة فأن ذلك لا يؤثر في كون العقد إدارياً ما دام أنه اتصل بالمرفق العام[٤]، وذلك وفقاً لما استقر علية الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والمملكة[٥]

ومن خلال ما تم استعراضه من التعريفات للعقد الإداري في القانون، وكذلك للشروط الواجب توافرها في العقد الإداري في النظام السعودي، نجد أن المنظم السعودي حصر صفة العقود الإدارية بالعقود التي لها خصائص ذاتية معينة.

ومما يؤكد ذلك أيضاً النص الوارد في حكم هيئة تدقيق القضايا الصادر في عام ١٤٠٦هـ: (ومن حيث إنه من المبادئ المستقرة في الفقه والقضاء الإداري أن جهة الإدارة تتمتع في العقد الإداري بسلطات لا مثيل لها في العقود التي تعقد بين الأفراد وذلك استناداً إلى مقتضيات المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام التي تتصل بها العقود الإدارية)[١].

---

(٣) انظر: البنا، محمود عاطف، ص ٤٤، مرجع سابق.

(٤) مثل عقد امتياز المرافق العامة حيث يخول المتعاقد مع الإدارة أن يساهم مباشرة في تسير المرفق العام، ويعتبر إدارياً رغم كونه حالياً من الشروط الغير المألوفة.

(٥) انظر: شفيق، علي شفيق، ص ٢٢٦، ٢٢٧، ٢٢٨ ، مرجع سابق.

(١) حكم هيئة تدقيق القضايا رقم ١٠٣/ت /١ لعام ١٤٠٦ هـ ، غير منشور.

وخلاصة القول أنه يمكن تعريف العقد الإداري في النظام السعودي بأنه: العقد الذي تبرمه الحكومة أو أحد أشخاصها العامة، بقصد إدارة مرفق عام بشكل يضمن سيره بانتظام واطراد، أخذه في تعاقدها بوسائل النظام العام.

المطلب الثاني: التعريف بالعقود الإدارية في الفقه الإسلامي ويشتمل على أربعة فروع:

الفرع الأول: التعريف بالعقد في اللغة:

قال ابن فارس: (العين والقاف والدال تدل على شد وشدة وثوق وإليه ترجع فروع الباب كلها)[1] .

والعقد : نقيض الحل، عقدة يعقده عقداً وانعقاداً وعقده أنشد ثعلب : لا يمنعنك من بغاء الخير ، تعقاد التمائم[2] .

وعقد الحبل والبيع والعهد فانعقد والمعاقدة المعاهدة وتعاقد القوم فيما بينهم والمعاقد مواضع العقد[3] .

وقال الأزهري: (باب العين والقاف مع الدال، عقد: قال عز وجل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ ﴾ [4] قيل العقود العهود، وقيل الفرائض التي أُلزموها. وقال الزجاج في قوله: (أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ) [5] : خاطب الله جل وعز المؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها عليهم والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه الدّين . قال والعُقود: العهود ، واحدها عَقْد،

---

(١) ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة، جـ ٤ ص ٨٦ ، مرجع سابق.

(٢) ابن منظور، لسان العرب، جـ ٣ ص ٢٩٦ ، مرجع سابق.

(٣) الرازي ، محمد بن أبي بكر ، مختار الصحاح ، جـ ١ ص ١٨٦ ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، ١٤١٥ هـ ، ١٩٩٥م، طبعة جديدة ، تحقيق ، محمود خاطر.

(٤) سورة المائدة ، آية : ١

(٥) سورة المائدة ، آية : ١

وهي أكد العهود. يقال: عهدتُ إلى فلان في كذا وكذا ، فتأويله ألزمته ذلك ، فإذا قلت عاقدتُه أو عقدتُ عليه ، فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق)[1] .

وقيل (العقد بين أطراف الشيء ويستعمل في الأجسام الصلبة كعقد البناء ثم يستعار للمعاني نحو عقدت البيع والعهد والنكاح.

والعقدة اسم لما يعقد من نكاح ويمين وغيرها وما يعقده الساحر، والعقدة توثيق جمع الطرفين المتفرقين بحيث يشق حلها)[2] .

ويتضح مما سبق أن مادة (عقد) في اللغة تأتي بعدة معاني منها:

١) الربط والشد والتوثيق للأشياء المحسوسة مثل الحبل.

٢) الربط والعقد للأشياء غير المحسوسة مثل البيع.

٣) العهد والمعاهدة والإلزام.

والمعنى المقصود من هذه المعاني والذي يتفق مع البحث هو المعنى الثالث.

---

(١) الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد تهذيب اللغة، جـ ١ ص ١٣٤، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١م ، الطبعة الأولى ، تحقيق محمد عوض.

(٢) المناوي ، محمد عبد الرؤوف، التعاريف، جـ ١ ص ٥٢٠، دار الفكر المعاصر، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٠ هـ الطبعة الأولى، تحقيق: د. محمد رضوان الداية.

الفرع الثاني: التعريف بالعقد في الاصطلاح

يطلق العقد في الاصطلاح على معنيين:

أ – المعنى العام: وهو كل ما يعقد الشخص أن يفعله هو ، أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه ، وعلى ذلك فيسمى البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً ، لأن كل واحد من طرفي العقد ألزم نفسه الوفاء به ، وسمي اليمين على المستقبل عقداً ، لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه من الفعل أو الترك ، وكذلك العهد والأمان ، لأن معطيها قد ألزم نفسه الوفاء بها، وكذا كل ما شرط الإنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد ، وكذلك النذور وما يجري مجرى ذلك[1].

ب- المعنى الخاص: وبهذا المعنى يطلق على ما ينشأ عن إرادتين لظهور أثره الشرعي في المحل ويؤخذ هذا من تعريفات الفقهاء للعقد ومنها.

تعريف الجرجاني : (العقد ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً)[2].

وفي مجلة الأحكام العدلية مادة (١٠٣): (العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول).

---

(١) انظر: الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، حـ ٢ ص ٢٩٤ ، ٢٩٥، دار المعرفة بو انظر:أبو زهرة، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص ١٧٤، ١٧٥ ، دار الفكر العربي ، القاهرة، و انظر الزرقاء ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي، حـ ١ ص ٣٨١، وما بعدها ، دار القرن ،الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

(٢) الجرجاني ، علي محمد ، التعريفات، حـ ١ ص ١٩٦، دار الكتاب العربي، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ هـ ، تحقيق: إبراهيم الأبياري.

وفي مادة (١٠٤): (الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما)[1].

وفي درر الحكام شرح مجلة الأحكام:

وفي مادة (٣) : (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني... العقد: هو ارتباط الإيجاب بالقبول كعقد البيع والإيجار والإعارة) وفي مادة (١٠٣) : (العقد التزام المتعاقدين وتعهد هما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول ، يقال عقد البيع كما يقال عقد الحَبْلَ، والمراد بالعقد هنا الانعقاد)[2].

وبهذا يمكن القول بأن العقد: ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يثبت أثره في محله.

وعرفه الزركشي بقوله: (ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغوهما)[3]

وفي مرشد الحيران العقد: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول من الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)[4].

والعقود الإدارية تدخل في المعنى الخاص للعقد لأنها تنشأ عن ارتباط بين جهة الإدارة والمتعاقد معها لأجل تسيير مرفق عام.

---

(١) جمعية المجلة ، مجلة الأحكام العدلية، جـ ١ ص ٢٩، مرجع سابق.

(٢) حيدر، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، جـ ١ ص ٢٩ ، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت، تحقيق: تعريب الهيامي: فهمي الحسيني.

(٣) الزركشي ، بدر الدين محمد الشافعي، المنثور في القواعد، جـ ٢ ص ٣٩٧، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، حققه د. تيسير فائق أحمد ورراجعه د. عبد الستار أبو غده.

(٤) باشا، محمد قدري، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ص ٢٧، المطبعة الكبرى الأميرية ، بولاق مصر المحمية ، سنة ١٣٠٨هـ .

الفرع الثالث: التعريف الإداري في اللغة:

الإداري: مصدر أدار يدير إدارة.

وفعله أدار، ولو تتبعنا معنى كلمة أدار ومشتقاتها لوجدناها كثيرة، ومن هذه المعاني ما يلي:

أدار : بمعنى أدار حول الشيء دار ، أدار الأمر طلب منه أن يتركه، وأدار فلان على الأمر طلب منه أن يفعله، وأدار الشيء جعله يدور وجعله مدوار، وأدار العمامة حول رأسه لفها، وأدار التجارة تعاطها وتداولها من دون تأجيل وأدار الأمر والرأي أحاط بهما[1] .

(داوره) يقال داورت الرجل على الأمر جادلته و(دَبّر) بمعنى المكان اتخذه داراً[2]

ويتضح مما سبق أن مادة (أدار) في اللغة تأتي بعدة معاني منها:

١ -طلب الأمر بالترك أو الفعل والإحاطة بالأمر وضبطه.

٢ -لف الشيء وتدويره.

٣ -مزاولة الأمر مثل التجارة وغيرها.

والمعنى المقصود والذي يتفق مع البحث هو المعنى الأول ،لأن مهمة الإداري ضبط الأمور والإحاطة بها وتوجيه الأوامر بما يحقق المصلحة العامة.

---

(١) إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر ، محمد النجار، المعجم الوسيط ، جـ ١ ص ٣٠٢ ، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية وانظر : ابن منظور، اللسان العرب ، جـ ٤ ص ٢٩٩ ، مرجع سابق.

(٢) انظر: إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، جـ ١ ص ٣٠٢، مرجع سابق.

الفرع الرابع: التعريف الإداري في الاصطلاح:

لم ينص الفقهاء على تعريف (الإداري)،لأنه مصطلح حديث ، ولكن الإسلام جاء لتحقيق المصالح ودرء المفاسد ، وطلب من ولاة الأمر تدبير أمور الرعية ،ومن متطلبات رعاية الإمام لرعيته تنظيم الشؤون الإدارية والمحافظة على المرافق العامة ورعايتها وتحقيق ما فيه مصلحة ودرء ما فيه مفسده.

ومفهوم الإدارة في الدولة الإسلامية هو : نظام الديوان الذي تجري على أساسه الأعمال في الدولة، وفي ذلك يقول الماوردي :(الديوان موضع لحفظ ما يتعلق بحقوق السلطنة ، من الإعمال والأموال ومن يقوم بها من الجيوش والعمال)[1]

كما استعملوها باعتبارها صفة لأعمال الحكومة، ومن ذلك ما ذكره صاحب كتاب التراتيب الإدارية في معرض حديثه عن نظام الحكومة النبوية حيث قال: (... وقرر مع كل هذا وظائف الأعمال الإدارية وألزم بالاقتصاد الإداري والمالي وكل ما يكون في الأمم المتمدنة حتى قرر وجوب الإحصاء)[2] .

وكذلك ما ذكره صاحب كتاب أضواء البيان حيث قال: (النظام قسمان: إداري، وشرعي، أما الإداري الذي يراد به ضبط الأمور وإتقانها على وجه غير مخالف للشرع ، فهذا لا مانع منه، ولا مخالف فيه من الصحابة ومن بعدهم...،كتنظيم شؤون الموظفين ،

---

(١) انظر: الماوردي، علي بن محمد ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ،ص ٢٥٩، تحقيق : أحمد مبارك البغدادي ، دار بن قتيبة ، الكويت ، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

(٢) الكتاني، الشيخ عبد الحي الكتاني، المتوفى ١٣٨٢ هـ نظام الحكومة النبوي المسمى التراتيب الإدارية، ج ١، ص ١٣، دار الكتاب العربي، بيروت.

وتنظيم إدارة الأعمال على وجه لا يخالف الشرع، فهذا النوع من الأنظمة الوضعية لا بأس به، ولا يخرج عن قواعد الشرع من مراعاة المصالح العامة)[1] .

ويمكن من خلال ما سبق وصف الإداري بأنه: تنظيم أعمال الحكومة وضبطها وإتقانها على وجه غير مخالف للشرع.

(١) الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد مختار الشنقيطي ، أضواء البيان في أيضاح القرآن بالقرآن، حـ ٣، ص ٢٦٠ ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤١٥ هـ . ١٩٩٥ م، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات .

الفرع الخامس: التعريف بالعقد الإداري في الفقه الإسلامي

لم اعثر على تعريف للعقد الإداري في الفقه الإسلامي وذلك لحداثة هذا المصطلح ، ويمكن أن يفهم من الحديث التالي مفهوم العقد الإداري :

فعن ابن عمر – رضي الله عنهما- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز، وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها وكانت الأرض حين ظهر عليها لله ولرسوله وللمسلمين فأراد إخراج اليهود منها فسألت اليهود رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يُقرهم بها على أن يَكْفُوا عملها ولهم نصف الثمر، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : (نقركم بها على ذلك ما شئنا) فَقَرُّوا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء[1].

وهذا عقد بين جهة إدارية متمثلة في ولي أمر المسلمين النبي صلى الله عليه وسلم وجهة خاصة وهم اليهود، وتأسيساً على هذا العقد فإنه يمكن تحديد عناصره فيما يلي:

١ -جهة إدارية متمثلة في النبي صلى الله عليه وسلم.

٢ -جهة خاصة متمثلة في اليهود.

٣ -محل العقد استثمار أرض خيبر وهي تمثل مرفقاً عاماً يعود نفعه للمصلحة العامة، ونلحظ أن الجهة الإدارية اشترطت شرطاً غير مألوفاً في العقود

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حـ ٣، ص١١٧٨، رقم (١٥٥١).

العادية؛ حيث اشترطت أن لها فسخ العقد متى شاءت مستخدمة في ذلك سلطتها الإدارية.

والمتأمل في هذه العناصر يجدها تختلف عن عناصر العقود الخاصة التي قررها الفقه الإسلامي، ونلحظ مطابقتها للعقود التي تسمى في النظام الحديث (بالعقود الإدارية).

ومن خلال العناصر السابقة يمكن تعريف العقد الإداري في الفقه الإسلامي بأنه: (عقدٌ تبرمه الجهة الإدارية أو من يقوم مقامها مع جهة خاصة، لتسيير مرفق عام، مستخدمةً سلطتها الإدارية)[1].

(١) انظر :أوهاب، نذير محمد، نظرية العقد الإداري دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، ص ٨١، ٨٠، ٤٥، معهد الإدارة العامة ١٤٢٧هـ.

المطلب الثالث: المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي

١ - من خلال ما تم عرضه نجد أن تعريف العقود الإدارية في النظام السعودي يدخل ضمن المعنى الخاص للعقد في الفقه الإسلامي ،وذلك لأن العقد الإداري في النظام السعودي ينشأ عن ارتباط أرادتين وهما الحكومة أو أحد أشخاصها العامة مع طرف آخر لتسيير مرفق عام بشكل منتظم وهذا يتطابق مع تعريف العقد بمعناه الخاص في الفقه الإسلامي كما بيناه سابقاً.

٢ - نلحظ كذلك أن الفقه الإسلامي عرف العقد الإداري منذ عهد النبوة ولكن لم ينص عليه، بينما نجد أن الأنظمة الحديثة اعتنت بهذا النوع من العقود وذلك لظهور أهميتها في الوقت الحاضر مما دعاها إلى وضع نظام خاص بها يشمل تعريفها، ويحدد عناصرها حتى يمكن تمييزها عن غيرها من العقود الخاصة.

٣ - بمقارنة عناصر تعريف العقد الإداري في النظام السعودي والفقه الإسلامي نجد التطابق بينهما حيث أنها تدور حول أربعة عناصر هي:

١ -جهة إدارية أو من يقوم مقامها.

٢ -جهة خاصة تتمثل في الجهة التي تتعاقد مع الجهة الإدارية.

٣ -محل العقد تسيير مرفق عام يحقق المصلحة العامة.

٤ -استخدام جهة الإدارة سلطتها الإدارية في تنفيذ العقد.

المبحث الثالث

تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تميز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء الإداري.

الفرع الثاني: تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح.

المطلب الثاني: تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في الفقه ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تميز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء .

الفرع الثاني: تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح.

المطلب الثالث مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له في النظام السعودي ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء الإداري.

تمهيد:

قبل أن أذكر الفروق بين التحكيم في العقود الإدارية والقضاء الإداري، سوف أبين إن شاء الله المقصود بالقضاء الإداري في النظام السعودي.

يقصد بالقضاء الإداري في النظام السعودي (ديوان المظالم) حيث صدر مرسوم ملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٦/١٩هـ بالموافقة على نظام ديوان المظالم وبيان الأحكام والقواعد المنظمة له حيث نصت المادة الأولى منه على أن: (ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة، يرتبط مباشرة بالملك، ويكون مقره الرياض، ويتمتع قضاء الديوان وقضاته بالضمانات المنصوص عليها في نظام القضاء، ويلتزمون بالواجبات المنصوص عليها فيه).

وبين الفصل الثالث من النظام اختصاص المحاكم التابعة لديوان المظالم حيث نصت المادة الحادية عشرة على أن: (تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية ...).

ونصت المادة الثانية عشرة على أن: (تتولى محاكم الاستئناف الإدارية النظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من المحاكم الإدارية، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم وفق الإجراءات المقررة نظاماً).

ونصت المادة الثالثة عشر على أن: (تختص المحاكم الإدارية في الفصل في الآتي:

أ. الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظام الخدمة المدنية والعسكرية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم.

ب. دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن.

ج. دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة.

د. الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها.

ه. الدعاوى التأديبية التي ترفعها الجهة المختصة.

و. المنازعات الإدارية الأخرى.

ز. طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام المحكمين الأجنبيين.

وبعد هذا العرض يمكن التمييز بين التحكيم في العقود الإدارية والقضاء الإداري حيث يوجد عدد من الفروق التي تميز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء الإداري أبرزها ما يلي:

١ -في التحكيم في العقود الإدارية تقع التوليه للمحكم من الخصوم ويستمد سلطته منهم[1] . ويستفاد هذا من نص المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٠٢١/٧/م في ١٤٠٥/٩/٨ هـ حيث جاء فيها: (يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النزاع تحديداً كافياً ، وأسماء المحكمين، ...)

وفي القضاء الإداري تقع توليه القضاة بأمر ملكي كما نصت عليه المادة الثالثة من نظام ديوان المظالم رقم م/ ٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩ هـ حيث جاء فيها: (يتم تعيين نواب رئيس الديوان بأمر ملكي ممن تتوفر فيهم شروط شغل درجة رئيس محكمة استئناف)

٢ -التحكيم طريق غير رسمي يلجأ إليه لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية كما جاء في نص المادة الأولى من نظام التحكيم في المملكة حيث نصت على أنه: (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم ، كما يجوز الاتفاق المسبق على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين)

بخلاف القضاء الإداري حيث يعتبر جهة رسمية لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية كما جاء في نص المادة الثالثة عشر من نظام ديوان المظالم حيث نصت على أنه: (تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي: ... د. الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها) وكذلك ما جاء في المادة الأولى من نظام ديوان المظالم حيث نصت على

---

(١) انظر : آل فريان ، عبد العزيز بن عبد الرحمن، التحكيم الوطني والأجنبي وطرق تنفيذ أحكامه في المملكة ، ص ٥٧، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨ هـ.

أن: (ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة ، يرتبط مباشرة بالملك، ويكون مقره مدينه الرياض).

٣ -المحكّم في العقود الإدارية لا يتقيد ببلد التحكيم[١]، ويؤكد هذا ما جاء في المادة الثانية عشر من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة حيث نصت على أنه: (يحرر الإخطار أو التبليغ باللغة العربية من نسختين أو أكثر حسب عدد المحتكمين ويتضمن التحرير البيانات التالية:...

ز – اسم هيئة التحكيم ومقرها وموضوع الإجراء والتاريخ المحدد.

بخلاف القضاء الإداري حيث يتحدد الاختصاص المكاني للدوائر الإدارية بنظر المنازعات المتصلة بالوزارات والمصالح والهيئات والمؤسسات العامة وفروع هذه الجهات بالنظر إلى الفرع الذي توجد فيه هذه الجهات أو فروعها أو في المناطق التي يشملها[٢].

٤ -لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية في المملكة إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء كما جاء في المادة الثالثة من نظام التحكيم حيث نصت على أنه :(لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ...) بخلاف القضاء الإداري حيث يجوز في حالة المنازعة الالتجاء إلى القضاء دون الحاجة إلى أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء ويؤكد هذا ما ذكرناه في نص المادة الثالثة عشره من نظام ديوان المظالم في المملكة.

---

(١) انظر : آل فريان ، عبد العزيز بن عبد الرحمن، ص ٥٨، مرجع سابق.

(٢) انظر: شفيق ، علي شفيق، ص ٥٥، مرجع سابق.

الفرع الثاني: تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح:

لا يوجد في النظام السعودي ما ينظم الصلح، إلا أنه عمل به وأقره في كثير من العقود الإدارية المعروضة على ديوان المظالم[1]، ولذا سوف أعرض تعريف الصلح في بعض الأنظمة حتى يمكن تمييزه عن غيره.

فلقد عرفه المنظم المصري بأنه: (عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاياته)[2].

وعرفه المنظم الكويتي بأنه: (عقد يحسم به أطرافه نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يترك كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاياته) [3].

ومن خلال ما سبق نجد التطابق بين النظام المصري والكويتي حول تعريف عقد الصلح.

وعرفه بعض شراح النظام السعودي بأنه: (عقد يحسم به أطراف النزاع أو من يمثلونهم الخلاف الحاصل بينهم عن طريق نزول كل منهم على وجه التقابل عن جزء من الحق الذي يطالب به)[4].

ويتضح من خلال التعريفات السابقة أن الصلح يتكون من ثلاثة عناصر وهي:

---

(١) انظر :قرار ديوان المظالم رقم ١٣٩٨/٥/٣ هـ الصادر في القضية رقم ٢٤٩/ق لعام ١٣٩٨ هـ ، وقرار رقم ١٣٩٧/٢٦/٦ هـ الصادر في القضية رقم ٤٦٥ / ق لعام ١٣٩٦ هـ ، القرار رقم ٧/ ٣٥/ ١٣٩٨ هـ الصادر في القضية رقم ٣٢٥/ ق لعام ١٣٩٧ هـ والقرار رقم ١٥/ ٢٥ /١٣٩٨ هـ الصادر في القضية رقم /٤٠٨ /ق لعام ١٣٩٨ هـ

(٢) المادة رقم ٥٤٩ من القانون المدني المصري رقم ١٣١لسنة ١٩٤٨م.

(٣) المادة رقم ٥٥٢ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧لسنة ١٩٨٠م.

(٤) البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٤٢، مرجع سابق.

١ -وجود نزاع قائم أو محتمل.

٢ -نية حسم النزاع من الطرفين.

٣ -تنازل كل من الطرفين عن جزء من إدعاءاته.

ونلحظ كذلك أن الصلح وسيلة من الوسائل التي تنهي المنازعات بدون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء كما في التحكيم إلا أنه يوجد عدد من الفروق بينهما من أبرزها ما يلي:

١ -في التحكيم في العقود الإدارية لا يجوز الالتجاء إلى التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء كما نصت عليه المادة الثالثة من نظام التحكيم على أنه: (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم) أما في الصلح فيجوز الالتجاء إليه دون الحاجة إلى موافقة رئيس مجلس الوزراء ، لعدم وجود نص في النظام يلزم بذلك.

ومما يجدر الإشارة إليه أنه ينبغي على المنظم السعودي تحديد موقفه من التصالح في العقود الإدارية شأنه في ذلك شأن معظم الأنظمة ، فعلى سبيل المثال نجد المنظم في فرنسا أجاز صراحة للبلديات والمؤسسات العامة بإمكانية التصالح[1].

---

(١) انظر: الحلو، ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم، ص ١٩٥، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م.

وفي مصر يجوز التصالح في المنازعات الإدارية بشرط إلا يتعلق الأمر بمسائل متعلقة بالنظام العام وألا يكون حق الإدارة فيها ثابتا لا نزاع فيه[١].

وفي لبنان يجوز التصالح في منازعات العقود الإدارية بعد أخذ رأي بعض الجهات المعنية[٢].

٢ -الصلح يقتضي التنازل عن جزء من الحق بطريقة تبادلية من الطرفين،أما التحكيم في العقود الإدارية فالنتيجة حكمٌ لأي من الطرفين، كما جاء في المادة العشرين من نظام التحكيم السعودي حيث نصت على أنه: (يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع...)

٣ -التحكيم في العقود الإدارية يتم بقرار ملزم من المحكم لأطراف النزاع كما جاء في المادة الحادية والعشرين من نظام التحكيم التي تنص على أنه: (يعتبر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة العشرين في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ).

أما في الصلح فيتم تسوية النزاع بطريقة ودية بين الطرفين [٣] ، ولا يمكن تنفيذه إلا إذا تم في صورة عقد رسمي أو تم أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع[٤] .

٤ -في التحكيم في العقود الإدارية يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء بخلاف ما إذا كانوا مفوضين بالصلح فيجب إصدار الحكم بالإجماع كما نصت عليه المادة

---

(١) الحلو ، ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم، ص ١٩٨، مرجع سابق.

(٢) الحلو ، ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم،ص ١٩٨، مرجع سابق.

(٣) انظر : البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٤٣، مرجع سابق.

(٤) أبو الوفا ، أحمد أبو الوفاء ، عقد التحكيم وإجراءاته، ص ٣٠، مرجع سابق.

السادسة عشر من نظام التحكيم على أنه: (يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع). أما في الصلح فلا يتم إلا بموافقة أطراف النزاع بالإجماع[١].

- في التحكيم في العقود الإدارية يجوز الاعتراض على حكم المحكمين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بالحكم كما نصت عليه المادة الثامنة عشرة من نظام التحكيم حيث جاء فيها: (... ويجوز للخصوم تقدم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية) . أما في الصلح فلا يجوز الطعن فيه بالاستئناف[٢]، ولكن يجوز أن يكون قابلاً للفسخ أو البطلان وفقاً لما تقرره قواعد المعاملات المدنية المنظمة للعقود[٣].

---

(١) انظر: آل فريان ، التحكيم الوطني والأجنبي، ص ٦٠، مرجع سابق.

(٢) العاطفي ، سلطان راشد ، الفرق بين التحكيم والوسائل الأخرى في حسم المنازعات، ص ٣، بحث مقدم في الندوة (الصلح والتحكيم) المقامة في الطائف في الفترة من ١٥-١٤٢٤/٥/١٦ هـ .

(٣) عرفه ، محمد السيد، التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي، ص ٣٩، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٧ هـ.

المطلب الثاني: تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن الصور المشابهة له الفقه الإسلامي

ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء.

التحكيم في العقود الإدارية والقضاء من الوسائل التي يفصل بها النزاع في الفقه الإسلامي، ولكنهما يختلفان في أمور منها ما يلي:

١ -في التحكيم في العقود الإدارية تقع التولية للمحكم من الخصوم ، ولا ينعقد التحكيم إلا برضاهما[١] ، أما في القضاء فتقع توليه القاضي من الإمام ، ويكون وكيلاً من قبل الإمام لأجراء المحاكمة والحكم[٢].

٢ -ولاية التحكيم في العقود الإدارية ولاية خاصة فولاية المحكم قاصرة على أطراف المنازعة، بينما ولاية القاضي ولاية عامة[٣] .

٣ -ولاية المحكم في العقود الإدارية لا تتقيد ببلد التحكيم ، إذ له الحكم في البلاد كلها ، بينما ولاية القاضي لا تتعدى البلد الذي ولي فيه ، فليس له أن يقضي في بلد آخر[٤].

---

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق ، جـ ٧ ص ٢٦،٢٧،مرجع سابق،و ابن عابدين ، حاشية رد المختار على الدر المختار، جـ ٥، ص ٤٢٩، مرجع سابق.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، ص ٣٦٧ ، مرجع سابق، مادة رقم ١٨٠٠.

(٣) القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، جـ ١٠، ص٣٣، ٣٥، دار الغرب، بيروت، تحقيق محمد حجي، وانظر: ابن عابدين، حاشية رد المختار، جـ٥، ص٤٢٩، مرجع سابق.

(٤) ابن نجيم ، البحر الرائق، مرجع سابق، جـ ٥ ، ص ٢٨ ، ابن عابدين ، حاشية رد المختار، جـ ٥، ص ٤٢٩، مرجع سابق.

٤ -ولاية المحكّم تقتصر على بعض المنازعات فلا تصح في الحدود والقصاص والدية على العاقلة عند جمهور الفقهاء[١] بخلاف القضاء فولاية القاضي ولاية عامة في جميع الدعاوى التي تعرض عليه.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح.

وحتى يمكن تمييز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح في الفقه فإننا سوف نعرض المقصود بالصلح عند الفقهاء.

ففي المذهب الحنفي يعرف الصلح بأنه: (عقد يرفع النزاع) [٢] .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: (عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول) [٣] .

وفي المذهب المالكي يعرف الصلح بأنه: (انتقال عن حق أو دعوى بعوض لرفع نزاع أو خوف وقوعه)[٤] .

وفي المذهب الشافعي يعرف الصلح بأنه: (عقد يحصل به قطع النزاع)[٥].

---

(١) ابن نجيم ، البحر الرائق، حـ ٧ ص ٢٧ مرجع سابق ، وابن فرحون ، تبصره الحكام، حـ ١ ص ٥٠ ، مرجع سابق، الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، المهذب في فقه الإمام الشافعي، حـ ٢ ص ٢٩١ ، دار الفكر ، بيروت ، ابن قدامه ، عبد الله بن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، حـ ٤ ص ٤٣٦ ، المكتب الإسلامي، بيروت.

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق، حـ ٧ ص ٢٥٥ ، مرجع سابق.

(٣) مجلة الأحكام العدلية ،حـ ١ ص ٢٩٧،، مرجع سابق.

(٤) المغربي ، محمد بن عبد الرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، حـ ٥ ص ٧٩، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.

(٥) الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفه ألفاظ المنهاج، حـ ٢ ص ١٧٧ ، دار الفكر ، بيروت.

وفي المذهب الحنبلي يعرف الصلح بأنه: (معاقدة يتوصل بها إلى موافقة بين مختلفين أي متخاصمين)[١].

ويفهم من التعريفات السابقة بأن الصلح وسيلة من الوسائل التي يرفع بها النزاع بدون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء وهو بهذا يتفق مع التحكيم في العقود الإدارية إلا أنه يوجد بينهما اختلافات كثيرة منها:

١ -في التحكيم في العقود الإدارية يتولى المحكم فصل النزاع بين أطراف الخصومة دون تدخل منهما وينفذ حكمه عليهما[٢] بينما في الصلح يتولى المصالحة أطراف النزاع بأنفسهم مباشرة دون واسطة وهذا ما يفهم من تعريف الحنابلة للصلح[٣].

٢ -في التحكيم في العقود الإدارية تكون ثمرته حكم يصدر من المحكم كحكم القاضي[٤] ولا يلزم فيه تنازل من أطراف المنازعة، بينما في الصلح يتنازل أطراف المنازعة عن بعض ما يدعونه[٥].

---

(١) البهوتي، منصور بن يونس ، كشاف القناع على متن الإقناع ، جـ ٣ ص ٣٩٠، دار الفكر ، بيروت، ١٤٠٢ هـ ، تحقيق: هلال مصيلحي.

(٢) انظر : ابن قدامة ، المغني، جـ ١٠ ص ١٣٧، مرجع سابق.

(٣) انظر: البهوتي ، كشاف القناع على متن الإقناع، جـ ٣ ص ٣٩٠ ، مرجع سابق.

(٤) انظر: ابن نجيم ، البحر الرائق، جـ ٧ ص ٢٤، مرجع سابق.

(٥) انظر : البهوتي ، كشاف القناع على متن الإقناع ، مرجع سابق، جـ ٣، ص ٣٩٢ ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام، جـ ٢، ص ٥٥ ، مرجع سابق.

٣ - حكم المحكم يقبل الطعن بطرق الطعن في الأحكام القضائية بخلاف عقد الصلح لا يقبل ذلك، وإنما يكون قابلاً للبطلان أو الفسخ بحسب القواعد المقررة للعقد[١].

(١) ابن نجيم ، الأشباه والنظائر مع شرح غمز عيون البصائر للحموي، جـ ٢ ص ٥٩٥ ، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي باكستان.

المطلب الثالث: المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

أولاً: من خلال تميز التحكيم في العقود الإدارية عن القضاء بنوعيه في النظام السعودي والفقه الإسلامي يمكن ملاحظة ما يلي:

١ -ولاية القضاء في الفقه ولاية عامة تشمل جميع المنازعات ومنها منازعات العقود الإدارية بخلاف القضاء الإداري في النظام السعودي حيث خصص للفصل في بعض المنازعات والتي منها العقود الإدارية.

٢ -يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي في أن توليه المحكم لا تقع إلا برضا أطراف المنازعة.

٣ -يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي في أن ولاية التحكيم ولاية خاصة لا تقع إلا من قبل الإمام أو الحاكم.

٤ -يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي في أن ولاية التحكيم ولاية خاصة لا تتعدى أطراف المنازعة.

٥ -يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي في أن ولاية المحكم لا تتقيد ببلد التحكيم.

٦ -يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي في أن ولاية القضاء تتقيد بالبلد الذي ولي فيه القاضي.

٧ -المنظم السعودي اشترط الموافقة على التحكيم من رئيس مجلس الوزراء لخطورة هذه العقود وتعلقها بالمصالح العامة بالبلد بخلاف الفقه حيث لم يشترط مثل هذا الشرط لقلة المنازعات من هذا النوع وندرتها في القضاء في الفقه الإسلامي.

وبعد هذا العرض نجد أن النظام السعودي لم يخرج عن الفقه الإسلامي ونلحظ التطابق الكامل في أغلب العناصر ، ولا غرابة في ذلك . فالمنظم السعودي يستمد الأنظمة من الكتاب والسنة المطهرة.

ثانياً: من خلال تميز التحكيم في العقود الإدارية عن الصلح في النظام السعودي والفقه الإسلامي يمكن ملاحظة ما يلي:

١ -يتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي على اعتبار الصلح عقداً من العقود ، أي لا بد فيه من تقابل الإرادتين على الصلح.

٢ -يتفق شراح النظام السعودي مع الفقه الإسلامي على أن الصلح يهدف إلى إنهاء النزاع بين أطراف المنازعة، وإن اختلفا في صيغة التعبير حيث يستعمل في الفقه الإسلامي تعبير (رفع المنازعة أو قطع المنازعة)؛ بينما يستعمل شراح النظام السعودي (حسم النزاع).

٣ -مدلول الصلح عند شراح النظام السعودي أضيق من مدلوله في الفقه الإسلامي ، حيث يشترط لكي يكون العقد صلحاً عند شراح النظام أن يكون هناك تنازل

متبادل من طرفي المنازعة ولا يشترط ذلك في الفقه الإسلامي حيث يمكن أن يكون العقد صلحاً في حالة التنازل من طرف واحد دون الآخر.

٤ -في النظام لا يمكن تنفيذ الصلح إلا إذا تم في صورة عقد رسمي أو تم أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع وهذا يستفاد من الأنظمة الأخرى و لم ينص عليه النظام السعودي لعدم وجود نظام خاص بالصلح في المملكة، بينما الصلح في الفقه الإسلامي ينتهي به النزاع بمجرد انعقاده.

٥ -يتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي من حيث إمكانية الطعن في الحكم في التحكيم .

٦ -يتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي من حيث عدم قبول الطعن في عقد الصلح ، وإنما يكون قابلاً للبطلان أو الفسخ بحسب القواعد المقررة للعقد.

الفصل الأول

أنواع التحكيم في العقود الإدارية ومبرراته وحكم اللجوء إليه

وفيه ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الثالث: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الأول
أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ويشتمل على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التحكيم الاختياري والإجباري في العقود الإدارية .

الفرع الثاني : التحكيم الخاص و المؤسسي في العقود الإدارية

الفرع الثالث :التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في العقود الإدارية .

المطلب الثاني: أنواع التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي ويشتمل على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التحكيم الاختياري والإجباري في العقود الإدارية .

الفرع الثاني : التحكيم المؤقت والدائم في العقود الإدارية.

الفرع الثالث : التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في العقود الإدارية.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المطلب الأول : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ويشتمل على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : التحكيم الاختياري والإجباري في العقود الإدارية .

تمهيد : ينبني هذا النوع على مدى حرية إرادة الخصوم في اللجوء إلى التحكيم وينقسم إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري وفيما يلي سوف أوضح كل نوع على حده وموقف النظام السعودي منه .

أولاً: التحكيم الاختياري في العقود الإدارية

ويقصد بالتحكيم الاختياري في العقود الإدارية أن تلجأ الجهة الإدارية والمتعاقد معها إلى التحكيم برضاهما وإرادتهما المنفردة لتسوية النزاع الحاصل بينهما بدون الحاجة إلى الالتجاء إلى القضاء واختيارهما للمحكم وإجراءات التحكيم والقواعد التي تنطبق على التحكيم[1] .

---

(١) انظر: البحاد، محمد بحاد، التحكيم في المملكة، ص ٥٠، مرجع سابق، وانظر: الشيخ عصمت عبد الله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، ص ٢٩، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤٢٤هـ، وانظر: حليفة عبد العزيز عبد المنعم ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، ص ٢٨، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦م .

هذا هو الأصل في التحكيم [١] ويعمل به في المملكة العربية السعودية حيث تنص المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي على أنه : (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين).

وهناك صورة أخرى للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية وهي أن تتفق الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على أن يكون التحكيم بصورة اختيارية وهذا في أحوال نادرة بحيث يكون للخصم الخيار بأن يلجأ إلى القضاء أو إلى هيئة التحكيم ويكون مجرد الالتجاء إلى أحد الطرفين مسقط للآخر [٢] ، وهذه الصورة لم ينص عليها النظام السعودي.

ومع هذا فلا مانع أن ينظم النظام هذا النوع ويضع له الضوابط اللازمة والمناسبة لضمان فاعليته ، وتبقى الحرية لأطراف النزاع في اللجوء إليه [٣].

ومما يجدر الإشارة إليه أن المنظم السعودي قد جعل ضوابط للجوء إلى التحكيم الاختياري في العقود الإدارية ومنها:

١. يجب قبل اللجوء إلى التحكيم الحصول على إذن بالتحكيم في العقود الإدارية من رئيس مجلس الوزراء وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي

---

(١) الجعاد ،محمد بجاد،التحكيم في المملكة ،مرجع سابق،ص ٥٠ .وانظر: أبو الوفاء، أحمد أبو الوفاء ، عقد التحكيم وإجراءاته ، ص ٤٠، مرجع سابق.

(٢) انظر: أبو الوفا ، أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، ص٤٠، مرجع سابق .

(٣) انظر: علاوي ، أحمد يوسف ، أنواع التحكيم ، بحث مقدم في الندوة (الصلح والتحكيم) المقامة في الطائف في الفترة من ١٥-١٤٢٤/٥/١٦هـ ،ص٧

حيث نصت على أنه : (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء إلى التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء . ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم) .

٢. يترتب على التجاء الجهة الإدارية والمتعاقد معها إلى التحكيم الاختياري سقوط حقهما في طرح النزاع على القضاء بحيث يمتنع على المحاكم النظر والفصل في هذا النزاع [١] إلا في الحالات التي حددها النظام [٢] وهذا ما قررته المادة السابعة من نظام التحكيم حيث نصت على أنه :(إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبل قيام النزاع أو صدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم في نزاع معين قائم فلا يجوز النظر في موضوع النزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام).

٣. يجب على الجهة الإدارية التي رأت اللجوء إلى التحكيم الاختياري إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع وتذكر فيه موضوعه ومبرراته وأسماء الخصوم لرفعها إلى رئيس مجلس الوزراء وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي حيث جاء فيها : (في المنازعات التي تكون الجهات الحكومية طرفاً فيها مع الآخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النزاع مبيناً فيها موضوعه ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإلغاء

---

(١) انظر: البحاد ،محمد بحاد،التحكيم في المملكة ، ص٥٠ ،مرجع سابق.

(٢) مثل رجوع الأطراف عن اتفاقهم على التحكيم وطرح النزاع مرة أخرى على القضاء.

المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم ، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها) .

ثانياً: التحكيم الإجباري في العقود الإدارية

ويقصد بالتحكيم الإجباري في العقود الإدارية أن يلزم النظام الجهة الإدارية والمتعاقد معها على اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع الحاصل بينهما ولا يكون لها الحق في اللجوء إلى القضاء [١] .

وللتحكيم الإجباري في العقود الإدارية صور منها :

١ أن يفرضه المنظم على الجهة الإدارية والمتعاقد معها ويجعل لها الحرية في اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم [٢] .

٢ أن يفرضه المنظم على الجهة الإدارية والمتعاقد معها ويضع له قواعد وإجراءات تنظمه ولا يكون لإرادة الخصوم أي دور في هذا الشأن[٣] .

٣ أن يمنع المنظم الجهة الإدارية المتعاقد معها من الالتجاء إلى القضاء إلا بعد طرح النزاع على هيئة التحكيم [٤].

---

(١) انظر: البحاد . محمد البحاد ، التحكيم في المملكة ، ص ٥٠،مرجع سابق ، وانظر : خليفة . عبدالعزيز عبدالمنعم ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، ص٢٨، مرجع سابق

(٢) انظر:الشيخ، عصمت عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ذات الطابع الدولي، ص ٢٩، مرجع سابق.

(٣) انظر:الشيخ ،عصمت عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ذات الطابع الدولي، ص ٣٠، مرجع سابق.

(٤) أبو الوفا،أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته، ص ٤٠ ، ٤١ مرجع سابق.

موقف النظام السعودي من التحكيم الإجباري :

لا يوجد في النظام السعودي نص يدل على هذا النوع على حسب اطلاعي ، بخلاف بعض الأنظمة العربية التي ألزمت بالتحكيم في العقود الإدارية[١]، وحسناً فعل المنظم السعودي حينما لم يأخذ بهذا النوع من التحكيم لكثرة عيوبه والتي منها ما يلي :

١ على الجهة القضائية التي يرفع أمامها دعوى التحكيم الإجباري أن تحكم من تلقاء نفسها برد هذه الدعوى لعدم الاختصاص[٢].

٢ أن التحكيم الإجباري يجعل القرارات الصادرة منه أحكاماً قضائية قطعية لا تقبل المراجعة وهذا يتنافى مع طبيعة التحكيم وأهدافه [٣] .

٣ أن إلزام المنظم للجهة الإدارية والمتعاقد معها على التحكيم فيه مصادرة لحق التقاضي أمام القضاء في الدولة والذي يعتبر من أهم العقود التي كفلتها الأنظمة والدساتير والعهود والمواثيق الدولية[٤].

٤ أن مصدر الإلزام في التحكيم الإجباري هو المنظم وليس إرادة الخصوم وهذا يتنافى مع طبيعة التحكيم وأهدافه ، بخلاف ما إذا اتفقت الجهة الإدارية مع المتعاقد معها

---

(١) أعطت مصر بالتحكيم الإجباري لحسم المنازعات بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات القطاع العام ، وفي الجزائر صدر الأمر الدستوري رقم ١٧/٦/١٩٧٠م المتضمن إلزام الشركات الوطنية والمؤسسات التي تملكها الدولة أو تملك أكثرية رأس مالها بالتحكيم في عقود الأشغال أو الخدمات التي تعتبر من العقود الإدارية ، وفي سوريا ألزم النظام بعض المنازعات إلى الاتحاد إلى التحكيم ومنها بعض العقود الإدارية مثل عقود وسمسرة إدارة الدفاع الوطني والخلافات الواقعة مع الشركات العامة أو المؤسسات العامة . (لمزيد من التفاصيل انظر: الأحدب. عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم في البلاد العربية ، ص ٢٤٤، ٤١٨ ، ٤١٩، دار المعارف، الإسكندرية ، ١٩٩٨م) .

(٢) انظر: البحاد، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة،ص٥١، مرجع سابق.

(٣) انظر: عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص٢٢، مرجع سابق.

(٤) انظر: عبد الهادي ،بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص٢٢، مرجع سابق.

على طرح النزاع على التحكيم قبل اللجوء إلى القضاء فإن هذا الالتزام الوارد في النص التعاقدي ينبع في الأصل من إرادة الإدارة والمتعاقد معها وبرضاهما واختيارهما ولا ينبع من أمر المنظم في الأصل كما هو الحال في التحكيم الإجباري وإن كان سيصبح هذا التحكيم إلزامياً عندما ينفذان التزاماتهما التعاقدية[1].

وهذه الصورة من الإلزام في التحكيم لا تدخل ضمن التحكيم الإجباري ويعمل بها في النظام السعودي ويدل عليها حكم ديوان المظالم رقم ١٨٤/ت/٤ لعام ١٤١٢هـ والمتضمن إلزام المتنازعان على طرق النزاع على التحكيم بناءً على شرط التحكيم الوارد في عقد الاتفاق[2].

الفرع الثاني : التحكيم الخاص والمؤسسي في العقود الإدارية [1]

---

(١)انظر:عبد الهادي، بشار جميل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص٢٢،٢٣، مرجع سابق.

(٢)انظر:آل فريان ، عبد العزيز عبد الرحمن ، التحكيم الوطني الأجنبي، ص ٨١، مرجع سابق .

(١) يطلق البعض على هذا النوع من التحكيم في العقود الإدارية تسميات أخرى ، فالبعض يطلق عليه تحكيم الحالات الخاصة والتحكيم المؤسسي أو المنظم ، انظر كتاب التحكيم والصلح وتطبيقاتهما في المجال الجنائي مرجع سابق ص ١٥١، والبعض يطلق عليه التحكيم المؤسسي والتحكيم الحر ، انظر :العوا، فاطمة محمد ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص ٢٩٦، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ ، والبعض يطلق عليه التحكيم الحر والتحكيم النظامي ' انظر كتاب التحكيم الوطني والأجنبي في المملكة ، عبد العزيز آل فريان ، مرجع سابق ،

تمهيد: ينبني هذا النوع على أساس إجراءات التحكيم التي تختارها الجهة الإدارية والمتعاقد معها وينقسم إلى قسمين تحكيم خاص وتحكيم مؤسسي ، وسوف أتحدث عن كل قسم على حده واذكر موقف النظام السعودي منه على النحو التالي :

أولاً :التحكيم الخاص في العقود الإدارية

ويقصد به : أن تحدد الجهة الإدارية والمتعاقد معها إجراءات التحكيم من المهل والمواعيد وتعيين المحكمين وعزلهم وإجراءات الفصل في الدعوى التحكيمية ، في ظل أحكام نظام التحكيم(٢) ويعتمد هذا النوع على تنظيم أطرافه له من البداية حتى النهاية دون الحاجة إلى اللجوء إلى مركز تحكيمي أو هيئة تحكيمية(٣).

ويعتبر التحكيم خاصاً في حالة ما إذا اتفقت الجهة الإدارية والمتعاقد معها على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة تحكيمية أو هيئة تحكيمية معينة على أن يكون التحكيم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة(١).

فالعبرة في هذا النوع من التحكيم بما يختاره طرفا النزاع من إجراءات وقواعد تطبق على التحكيم خارج إطار المنظمات أو الهيئات التحكيمية (٢).

ويطلق البعض عليه التحكيم المنظم والتحكيم المؤسسي، انظر كتاب التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، بشار عبد الهادي ، ص ٢٦،٢٧، مرجع سابق ونلاحظ أن هذه التسميات تتعدد إلا أن جميعها يتفق على أن الأساس الذي يبنى عليه هذا النوع هو طبيعة القائم على إجراءات التحكيم.

(٢) انظر: البعاد، التحكيم في المملكة،ص٥٣، مرجع سابق، انظر: عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي،ص٣١، مرجع سابق، وانظر :آل فربان، التحكيم الوطني والأجنبي،ص٨١، مرجع سابق.

(٣) انظر : فاطمة العوا ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون ، ص ٢٩٦، ٢٩٧، مرجع سابق، وانظر :أمين ، محمد سعيد أمين، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ص ٢٨، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

(١) انظر: حلاوي ، يوسف أحمد ، بحث (أنواع التحكيم)، ص ٣، مرجع سابق.

وقد نص نظام التحكيم في المملكة على هذا النوع من التحكيم ، حيث نصت المادة الأولى على أنه : (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم ، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة عقد معين)

كما نصت المادة الخامسة على أن : (يودع أطراف وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين ، وأن يبين بها موضوع النزاع وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين وقبولهم نظر النزاع وأن ترفق بها صور من المستندات الخاصة بالنزاع) .

وفي المادة التاسعة : (يجب الحكم في النزاع في الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم ما لم يتفق على تمديده وإذا لم يحدد الخصوم في وثيقة التحكيم أجلاً للحكم وجب على المحكمين أن يصدروا حكمهم خلال تسعين يوماً من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم ، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتقرر إما النظر في الموضوع ، أو مد الميعاد لفترة أخرى) .

وفي المادة العاشرة : (إذا لم يعين الخصوم المحكمين ، أو امتنع أحد الطرفين عن تعيين المحكم أو المحكمين الذين ينفرد باختيارهم ، أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين عن العمل أو اعتزله ، أو قام به مانع من مباشرة التحكيم ، أو عزله عنه و لم يكن بين الخصوم شرط خاص عينت الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع من يلزم من المحكمين ، وذلك بناء على طلب

---

(٢) انظر: حلاوي، يوسف أحمد، بحث (أنواع التحكيم)، ص٣، مرجع سابق.

من يهمه التعجيل من الخصوم ، ويكون ذلك بحضور الخصم الأخر أو في غيبته بعد دعوته إلى جلسة تعقد لهذا الغرض ، ويجب أن يكون عدد من يعينون مساوياً للعدد المتفق عليه بين الخصوم أو مكملاً له ويكون القرار في هذا الشأن نهائياً) .

وفي المادة الحادية عشر : (لا يجوز عزل المحكم إلا بتراضي الخصوم ، ...كما لا يجوز رده عن الحكم إلا لأسباب تحدث أو تظهر بعد إيداع وثيقة التحكيم) .

وفي المادة الثانية عشر : (يطلب رد المحكم للأسباب ذاتها التي يرد بها القاضي [1]، ويرفع طلب الرد إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع خلال خمسة أيام من يوم إخطار الخصم بتعيين المحكم أو من يوم ظهور أو حدوث سبب من أسباب الرد ويحكم في طلب الرد بعد دعوة الخصوم والمحكم المطلوب رده إلى جلسة تعقد لهذا الغرض) .

وباستعراض المادة الأولى والخامسة والتاسعة والعاشرة والحادية عشر والثانية عشر من نظام التحكيم السعودي نجد أن المنظم السعودي جعل للمحمة الإدارية والمتعاقد معها -

---

(١) تنص المادة الثانية والتسعون من نظام المرافعات الشرعية في المملكة على أنه : (يجوز رد القاضي لأحد الأسباب التالية):

أ – إذا كان له أو لزوجه دعوى مماثلة للدعوى التي ينظرها .

ب- إذا حدث له أو لزوجه خصومة مع أحد الخصوم أو مع زوجته بعد قيام الدعوى المنظورة أمام القاضي، ما لم تكن هذه الدعوى قد أقيمت بقصد رده عن نظر الدعوى المنظورة أمامه.

ج- إذا كان لمطلقته التي له منها ولد ، أو أحد أقاربه ، أو أصهاره إلى الدرجة الرابعة خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى ، أو مع زوجته ، ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت أمام القاضي بقصد رده .

د- إذا كان أحد الخصوم خادماً له ، أو كان القاضي قد اعتاد مؤاكلة أحد الخصوم ، أو مساكنته ، أو كان قد تلقى منه هدية قبيل رفع الدعوى أو بعده.

هـ- إذا كان بينه وبين أحد الخصوم عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته الحكم بدون تحيز.

باعتبارهما طرفي الدعوى التحكيمية - تحديد إجراءات التحكيم من حيث المواعيد والمهل واختيار المحكمين وعزلهم وردهم وتحديد إجراءات الفصل في الدعوى التحكيمية الناشئة عن العقد الإداري بشرط أن تكون هذه الإجراءات متوافقة مع نظام التحكيم السعودي وتحت إشراف ومتابعة ديوان المظالم باعتباره الجهة القضائية المختصة في الفصل في دعاوى العقود الإدارية في النظام السعودي .

ويتميز التحكيم الخاص في العقود الإدارية بما يلي :

١ تظهر أهمية هذا النوع في المنازعات التي تقع بين الدول حيث أن هذا النوع يحافظ على سيادة الدولة وسلطانها لأنها هي التي تختار الإجراءات والقواعد التحكيمية التي تحفظ سيادتها .

٢ حساسية هذا النوع للتحكيم في العقود الإدارية وذلك لأن الجهة الإدارية عند وقوع النزاع مع المتعاقد معها ، تختار الإجراءات والقواعد التي تظهر سلطتها وهيمنتها في العقد وعلو إرادتها على إرادة الطرف المتعاقد معها وهذا يتناسب مع خصائص العقد الإداري.

٣ تحقيق الصالح العام وذلك لأن الجهة الإدارية عندما تختار الإجراءات والقواعد التحكيمية فإنها تراعي تحقيق الصالح العام وتقديمها على المصالح المتعاقد معها.

ثانياً: التحكيم المؤسسي في العقود الإدارية

ويقصد به : أن تعهد الجهة الإدارية والمتعاقد معها بعملية التحكيم إلى مركز أو منظمة أو هيئة تحكيمية ، وذلك بتضمين العقد نصاً يتم بموجبه إحالة التحكيم إلى مركز أو

منظمة أو هيئة معينة[1] ويكون مهمة هذه المراكز والهيئات الإشراف على عملية التحكيم وتطبيق القواعد واللوائح المعتمدة لديها لحل النزاع بين الأطراف على أن يكون ذلك بصفة اختيارية ، حيث يملك أطراف المنازعة التعديل في لائحة المركز أو الهيئة المختارة بما يناسبهم[2].

ويتميز هذا النوع من التحكيم بمميزات منها :

١ ضمان حسن سير التحكيم نظراً لما تتمتع به هذه المراكز والهيئات من احتراف مهني وتخصصي في قواعد وإجراءات التحكيم[1].

٢ تيسير اختيار المحكمين المتخصصين لوجود قوائم بالمحكمين في كل مركز ، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك[2].

٣ إتباع إجراءات التحكيم الخاصة بكل مركز وإعفاء الأطراف من تحديدها في حالة الاتفاق عليها ، إلا أنه يجوز للأطراف إتباع نظام إجرائي خاص يتم الاتفاق عليه[3].

---

(١) انظر: الفقي ، عمرو عيسى ، الجديد في التحكيم في الدول العربية ، ص ١٧، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، ٢٠٠٣م ، وانظر :أمين ، محمد سعيد حسين ، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ص ٢٨، مرجع سابق.

(٢) انظر: الفقي، عمرو عيسى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، ص١٧، مرجع سابق.

(١) انظر :الحلو ، ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم، ص ١٦٩، مرجع سابق.

(٢) انظر: العوا ، فاطمة محمد ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص ٢٩٧، مرجع سابق.

(٣) انظر :العوا ، فاطمة محمد ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص ٢٩٧ ، مرجع سابق، وماجد راغب الحلو ، ص ١٦٩، مرجع سابق.

٤ توفير خدمات للمتحاكمين لإنجاز عملية التحكيم مثل توفير أماكن للاجتماعات والنسخ والترجمة وغيرها[٤].

ونظراً للحاجة العملية لهذا النوع من التحكيم أنشئت العديد من المراكز والهيئات التحكيمية على المستويات الإقليمية والدولية ، ومن أشهر هذه المراكز ما يلي :

١ نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية I.C.C .

٢ هيئة التحكيم الأمريكية A.A.A .

٣ محكمة لندن للتحكيم الدولي .

٤ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي .

٥ مركز الرباط للتحكيم التجاري الدولي .

٦ المركز اليمني للتوفيق والتحكيم .

٧ مركز البحرين للتحكيم .

٨ مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي .

ونلحظ أن أغلب هذه المراكز تهتم بالمنازعات التجارية وأغفلت المنازعات الإدارية.

وفي النظام السعودي لم يرد نص صريح على أن يكون التحكيم في العقود الإدارية في إطار مركز أو هيئة أو منظمة تحكيمية معينة .

---

(٤) انظر :الحلو، ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم، ص١٦٩، مرجع سابق.

ومع ذلك فلا مانع من التحاء الجهة الإدارية والمتعاقد معها إلى التحكيم المؤسسي لأن التحكيم بوجه عام جائز في النظام كما ذكرت ذلك المادة الأولى من نظام التحكيم في المملكة وما هو إلا صورة من صور الاتفاق على التحكيم ، إلا أنه يجب على الجهة الإدارية عندما تعهد بالتحكيم إلى مركز أو منظمة أو هيئة تحكيمية أن تراعي الطبيعة المميزة للعقد الإداري أو تختار الإجراءات والقواعد التي تتوافق مع طبيعة العقد الإداري والتي من أهمها تحقيق الصالح العام وضمان سير المرفق بانتظام واطراد .

رأي الباحث حول التحكيم الخاص والمؤسسي في العقود الإدارية.

يصعب التفضيل بين نوعي التحكيم الخاص والمؤسسي في العقود الإدارية ، كما يصعب تفضيل مؤسسة تحكيم على أخرى ، لأن المسألة تتعلق بحرية الإرادة ، وما يراه طرفا النزاع مناسباً لهما.

ومع ذلك يفضل الباحث أنه إذا كان العقد الإداري داخلياً ولا يتضمن عنصراً أجنبياً أو كانت قيمة النزاع المالي في العقد قليلة نسبياً أو كان موضوعه محدداً بنقطة معينة يسهل حلها ففي هذا النوع من العقود الإدارية يفضل التحكيم الخاص.

بخلاف ما إذا كان العقد الإداري يتضمن عنصراً أجنبياً أو كانت قيمة النزاع المالي في العقد كبيرة نسبياً أو كانت مد ته طويلة فمثل هذه العقود يفضل فيها التحكيم المؤسسي لأن هذا النوع من التحكيم تكون الإجراءات والقواعد فيه معلومة مسبقاً للطرفين مما يؤدي معه إلى سرعة الفصل في المنازعة وهذا يرغب الشركات الأجنبية العالمية للتعاقد مع جهة الإدارة مما يؤدي إلى نفع الاقتصاد في الدولة .

ومما يجدر الإشارة إليه أنه يجب على المنظم السعودي أن يحدد الحالات التي يجب نظرها من قبل التحكيم المؤسسي سواء كان على أساس العقد أو قيمته أو طبيعته .

كما أنه يحسن بالدولة أن تنشئ مراكز أو جمعيات أو هيئات للتحكيم المؤسسي وتستفيد من المراكز في الدول المجاورة حتى تواكب التطور الاقتصادي الذي تعيشه الأمة .

الفرع الثالث : التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في العقود الإدارية [١]

تمهيد : ينبني هذه النوع من التحكيم في العقود الإدارية على مدى الصلاحيات التي تمنحها الجهة الإدارية والمتعاقد معها للمحكم أو المحكمين إلى نوعين هما التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح ، وسوف أعرض كل نوع على حده ، ثم أبين موقف المنظم السعودي منه على النحو التالي :

أولاً : التحكيم المقيد في العقود الإدارية :

ويقصد به : أن تلزم الجهة الإدارية والمتعاقد معها المحكم أو المحكمين بتطبيق نظام معين على النزاع المعروض عليه أو عليهم [٢].

وهذا النظام قد يكون هو النظام المتفق عليه بين الأطراف أو قد يكون النظام الذي تخضع له العلاقة بينهما ، أو النظام الذي يرى المحكم أنه أكثر ملاءمة على النزاع المعروض أمامه [٣].

---

(١) يطلق البعض على هذا النوع من التحكيم في العقود الإدارية تسميات أخرى ، فالبعض يطلق عليه التحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح ، البعاد ، التحكيم في المملكة، ص ٥٢ ، مرجع سابق، والبعض يطلق عليه ، التحكيم طبقاً لقواعد القانون والتحكيم طبقاً لقواعد العدل والإنصاف ، الشيخ . عصمت عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية، ص ٣٨، مرجع سابق، والبعض يطلق عليه التحكيم العادي والتحكيم المطلق ، أبو الوفا . أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته، ص ٤٠، مرجع سابق، والبعض يطلق عليه التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح ، أمين . محمد سعيد ، خصومة التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص ٢٧، مرجع سابق، وكذلك الفقي ، عمرُ . عيسى ، الجديد في التحكيم في الدول العربية، ص ١٦، مرجع سابق، والباحث يفضل تسميته بالمقيد لأن هيئة التحكيم تكون مقيدة بنظام معين .

(٢) انظر :الحلو ، ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم، ص ١٦٦، مرجع سابق.

(٣) انظر :الحلو ، ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم، ص ١٦٦، مرجع سابق.

ومن الممكن إخضاع التحكيم في هذا النوع إلى نظام واحد في كل مراحل المنازعة ، ويمكن إخضاع كل مرحلة من مراحل المنازعة إلى نظام مختلف لأن الأمر مرده إلى إرادة أطراف المنازعة (١).

وهذا النوع هو الأصل في التحكيم في العقود الإدارية ، بينما التحكيم بالصلح هو الاستثناء (٢) وتتحصر مهمة المحكم في هذا النوع على الفصل في النزاع وإصدار حكمه وفقاً لما يراه وبناءاً على ما يتضح له من وقائع في الدعوى ووسائل الإثبات التي تقدم له ، وهو بذلك كالقاضي (٣) وفي النظام السعودي نجده يأخذ بهذا النوع من التحكيم شأنه في ذلك شأن معظم الأنظمة المعاصرة (٤) .

حيث نصت المادة التاسعة والثلاثون من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٠٢١/٧/م في ١٤٠٥/٩/٨هـ على أنه : (يصدر

---

(١) انظر: الفقي ، عمرو عيسى ، الجديد في التحكيم والدول العربية، ص ١٨، مرجع سابق.

(٢) انظر: الشيخ ،خصمت عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، ص ٣٨، مرجع سابق. و خليفة، عبد العزيز عبد المنعم ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، ص ٣١، مرجع سابق.

(٣) انظر :البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٥٢، مرجع سابق.

(٤) حيث أحالت المادة (٣٩) الفقرة (١) من نظام التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م لطرفي النزاع اختيار القواعد القانونية التي يريدان تطبيقها على النزاع الخاضع للتحكيم ، سواء كان التحكيم داخلياً أو دولياً ، وفي الفقرة (٢) من نفس المادة أشارت إلى أنه إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق القواعد التي ترى أنها أكثر ملائمة بالنزاع ، انظر: العصار ، يسري محمد ، التحكيم في المنازعات الإدارية المقدمة وغير المقدمة دراسة مقارنة، ص ٥٢، مطبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٩م، كما أن المادة رقم ١٩٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري تقضي بأنه يجب أن يكون حكم المحكمين : (...على مقتضى قواعد القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح وبشترط عدم مخالفة النظام العام والآداب) ،كما تنص المادة ٢١٢/فقرة ٢ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي على أنه : (يكون حكم المحكم على مقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضاً بالصلح فلا يتقيد بهذه القواعد عندما ما تعلق منها بالنظام العام) .

المحكمون قرارهم غير مقيدين بالإجراءات النظامية ، عدا ما نُصَّ عليه في نظام التحكيم ولائحته التنفيذية ، وتكون قرارهم بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية).

ويتضح من نص المادة السابقة أن المنظم السعودي أوجب أن يكون حكم المحكمين وفقاً لنظام التحكيم ولائحته التنفيذية وبمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية والأنظمة المرعية وهذا ما يعرف في الأنظمة بالتحكيم المقيد أو التحكيم بالقضاء كما أوضحت ذلك سابقاً .

ثانياً : التحكيم بالصلح في العقود الإدارية :

ويقصد به : أن تفوض الجهة الإدارية والمتعاقد معها هيئة التحكيم في الحكم في النزاع المطروح أمامها بمقتضى قواعد العدل والإنصاف دون التقيد بأحكام نظام معين إلا ما يتعلق منها بالنظام العام [1] .

وعلى الرغم من الاختلافات الواضحة بين التحكيم والصلح كما بينا سابقاً [2] إلا أنه ينبغي أن نميز التحكيم في العقود الإدارية عن التحكيم بالصلح حيث أن التحكيم بالصلح فيه معنى التفويض للمحكم بالتنازل عن بعض حقوق من اختاره وكأنه وكيل عنهم في حين أن المحكم في التحكيم بدون التفويض بالصلح ليس له التنازل عن حقوق من اختاره فهو قاضي وليس وكيلاً عن الخصوم الذين اختاروه [3] .

---

(١) انظر: الحلو ، ماجد راغب، ص ١٦٦، مرجع سابق، انظر: العصار ، يسري محمد، ص ٥٢، مرجع سابق.

(٢) انظر: ص ٥٢ومابعدها ، من هذا البحث .

(٣) انظر : عرفة ، محمد السيد ، التحكيم والصلح، ص ٧٤، مرجع سابق.

كما أن التحكيم بالصلح يختلف عن التوفيق حيث أن التوفيق لا يتضمن حلاً ملزماً لأطراف النزاع ، وإنما يتضمن اقتراحات وحلولاً لأطراف النزاع ، غير ملزمه لهم [١] ، ونظراً لخطورة التحكيم بالصلح لما يعطيه من صلاحيات واسعة للمحكم ، وحماية للخصوم من عدم التوسع في هذا النوع من التحكيم ، فإنه يجب أن تكون إرادة الخصوم واضحة وضوحاً تاماً كما يجب أن تفسر إرادتهم بالحيطة والحذر ، وذلك بالنص صراحة في وثيقة التحكيم بالصلح أو أن المحكم يقوم بالفصل في النزاع عن طريق الصلح . ولذلك فإنه لا يفسر بعض الشروط في وثيقة التحكيم مثل الاتفاق على جعل الحكم غير قابل لأي طعن دليلاً على أن هذا تحكيم بالصلح ما لم ينص صراحة عليه [٢] .

كما يجب على المحكم في التحكيم بالصلح في العقود الإدارية أن يلتزم بالقواعد النظامية المنظمة للتحكيم ولاحته التنفيذية من حيث المهل وإخطار المحكمين والجلسات ونظر الدعوى وإصدار الحكم وإيداعه ، لأن تطبيق هذه القواعد يعتبر ضمانة للخصوم ، وذلك بأنه يجعل للجهة المختصة بالفصل في النزاع نوعاً من الرقابة على أحكام المحكمين [٣]

ولقد أقر النظام السعودي التحكيم بالصلح ولم يفرق بينه وبين التحكيم المقيد إلا من حيث وجوب صدوره بإجماع المحكمين في حالة صدور الحكم من قبل هيئة تحكيم

---

(١) انظر: العوا ، فاطمة محمد ، عقد التحكيم في الشريعة والقانون، ص ٢٩١، مرجع سابق.

(٢) انظر: أبو الوفا ، أحمد أبو الوفا ، عقد التحكيم وإجراءاته ، ص ٤١، مرجع سابق، وانظر: البحاد ، محمد بن ناصر، التحكيم في المملكة، ص ٥٢، مرجع سابق.

(٣) انظر : الشيخ ، عصمت عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية، ص ٣٩، مرجع سابق، وانظر : البحاد . محمد ناصر، التحكيم في المملكة، ص ٥٣، مرجع سابق.

مكونة من أكثر من محكم ، بينما في التحكيم المقيد يكفي صدور الحكم بالأغلبية [١] حيث نصت المادة السادسة عشر من نظام التحكيم السعودي على أنه : (يصدر حكم المحكمين بأغلبية الآراء ، وإذا كانوا مفوضين بالصلح وجب صدور الحكم بالإجماع) . فهذه المادة نظمت أحد جوانب التحكيم بالصلح وفي هذا إشارة إلى جوازه لأنه من المسلم به أن النظام لم يكن لينظم أمراً بنصوص إلا إذا كان هذا الأمر جائزاً ومشروعاً [٢] .

ولكن نظراً لأهمية وخطورة التحكيم بالصلح بالمقارنة بالتحكيم المقيد فإننا نرى أنه يجب على المنظم السعودي أن ينص على هذا الاتفاق نصاً صريحاً وواضحاً أسوة بالأنظمة التي نصت على ذلك صراحة مثل مصر والأردن وعُمان [٣] .

ثالثاً : أهمية التفريق بين التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح .

تظهر أهمية التفريق بين التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في الطعن في أحكام المحكمين حيث لا يمكن الطعن في أحكام المحكمين في التحكيم بالصلح إلا في حالة مخالفته لقاعدة نظامية متعلقة بالنظام العام ، لأن المحكم في هذا النوع من التحكيم غير مقيد بتطبيق

---

(١) انظر: البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٥٢، مرجع سابق.

(٢) انظر: السواحي ، علي محمد ، اتفاق التحكيم واستغلاله دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية مع التركيز على نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية، ص ١٠٩، الطبعة الأولى ، ١٤٣٠هـ.

(٣) حيث نصت المادة التاسعة والثلاثون الفقرة الرابعة من النظام التحكيم المصري على أنه : (يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضهما بصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون) ويطابق النص المصري المادة ٣٦/د من النظام الأردني والمادة ٤/٣٩ من النظام العماني .

نظام معين على النزاع ، بخلاف التحكيم المقيد حيث يمكن لأطراف النزاع الطعن في حكم المحكمين لمخالفته قواعد النظام الواجب التطبيق. [١]

(١) انظر: الحلو ، ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم، ص ١٦٦، مرجع سابق، وانظر: السواحي ، علي محمد ، اتفاق التحكيم واستقلاله، ص ٧٧، مرجع سابق.

المطلب الثاني : أنواع التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول : التحكيم الاختياري والإجباري في العقود الإدارية

أولاً : التحكيم الاختياري

الأصل في التحكيم بوجه عام في الفقه أن يكون اختيارياً ، يتفق عليه الطرفان بمحض إرادتهما واختيارهما وهذا ما يفهم من كلام الفقهاء في معرض حديثهم عن تعريف التحكيم كما مر معنا سابقاً[١] .

ويؤيد ذلك قول شهاب الدين أحمد الشلبي [٢] على شرحه لتبيين الحقائق للزيلعي [٣] : (لا يجوز حكم الحكم إلا بعد رضا الخصمين)[٤] .

---

(١) انظر : ص٢٤،٢٥ ، من هذا البحث .

(٢) الشيخ شهاب الدين أحمد بن يونس الشلبي من علماء الحنفية له حاشية على شرح الكنز مطبوع على هامش تبيين الحقائق ، توفي سنة ١٠١٠هـ انظر : موسوعة الإعلام ، موقع وزارة الأوقاف المصرية.

(٣) فخر الدين عثمان بن علي محجن ، فخر الدين الزيلعي : فقيه حنفي ، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ فأفتى ودرس ، وتولى فيها . له " تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق " مطبع في ست مجلدات و " تركة الكلام على أحاديث الأحكام " و " شرح الجامع الكبير " . انظر :الزركلي ، خير الدين بن محمود بن محمد ، الأعلام ، دار العلم للملايين، جـ٤ ص٢١٠، الطبعة الخامسة عشر ، ٢٠٠٢م.

(٤) الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الأول ، بالمطبعة الكبرى الأميرية ، ببولاق مصر ، ١٣١٣هـ ، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي ،جـ ٣ ص١٩٣ .

وليس للمحكم أن يحكم بينهما إلا برضاهما واختيارهما ويؤيد ذلك قول البابرتي [١] :

(المحكم مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاهما جميعاً) [٢] .

ثانياً : التحكيم الإجباري

عقد التحكيم عقد غير لازم[٣] لا يجبر عليه الطرفان وهذا ما انتهى إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة بأبو ظبي المنعقد في الفترة من ١ـ٦ ذي القعدة سنه ١٤١٥هـ الموافق ١ـ٦ إبريل سنة ١٩٩٥م حيث قرر[٤] ما يلي :

التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المتحكمين والحكم ، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يشرع الحكم في التحكيم .

وعلى هذا فإن الأصل في التحكيم أن يكون اختياريا ولا يجبر عليه الطرفان إلا إذا شرع المحكم في عملية التحكيم .

---

(١) البابرتي : محمد بن محمد بن محمود ، أكمل الدين أبو عبد الله بن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ . جمال الدين الرومي البابرتي ، علامة بفقه الحنفية ، غارف بالأدب ، نسبته إلى بابرتي (قرية من أعمال دجيل ببغداد) أو (بابرت) التابعة لارزن الروم – أرضروم – بتركيا . رحل إلى حلب ثم القاهرة وعرض عليه القضاء مراراً فامتنع . وتوفي بمصر . من كتبه (شرح تلخيص الجامع الكبير للحلاطي) مخطوط في الفقه و(العقيدة) مخطوط . أنظر الزركلي، الأعلام، جـ ٧ ص ٤٢، مرجع سابق.

(٢) انظر: البابرتي، محمد بن محمد . شرح العناية على الهداية ، مع شرح فتح القدير ، جـ ٧ ص ٣١٧، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده .

(٣) انظر :حيدر، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، جـ ٤ ص ٦٤٤، مرجع سابق.

(٤) قرر رقم ٩١ (٩/٨) في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة.

الفرع الثاني : التحكيم المؤقت والدائم في العقود الإدارية .

تمهيد : ينقسم هذا النوع من التحكيم في الفقه على حسب تحديد وقت التحكيم إلى نوعين تحكيم مؤقت وتحكيم دائم وسوف أتحدث عن كل نوع على حده على النحو التالي :

أولاً : التحكيم المؤقت

ويقصد به : أن يحدد أطراف النزاع ميعاداً محدداً يحكم فيه المحكم ، حيث يبدأ من تاريخ معين وينتهي في تاريخ معين ولا يحق للمحكم أن يحكم إلا خلال هذه المدة .

حيث نصت على هذا المادة رقم (١٨٤٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه : (إذا تقيد التحكيم بوقت يزول بزوال ذلك الوقت ، مثلاً المحكم المنصوص عليه أن يحكم من اليوم الفلاني إلى شهر ، ليس له أن يحكم بعد مرور ذلك الشهر ، فإذا حكم لا ينفذ حكمه) قال الشارح : إذا تقيد التحكيم بوقت يزول التحكيم بمرور ذلك الوقت وينعزل المحكم كما جاز توقيت القضاء على هذا الوجه [١] .

وجاء في البحر الرائق : (ولو حكماه على أن يحكم بينهما في يومه أو في مجلسه توقت به) [٢] .وهذا النوع من التحكيم في الفقه يعمل به أغلب الأنظمة [٣] ومن ذلك

---

(١) انظر :حيدر ، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، حـ ٤ ص ٦٤٣، مرجع سابق.

(٢) ابن نجيم ، زين الدين إبراهيم ، البحر الرائق، حـ ٧ ص ٢٧، مرجع سابق.

(٣) أقرته المادة ٥٠٥ من نظام المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م ، والمادة رقم (١٨١) من نظام المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م ، والمادة (٥١٩) من نظام أصول المحاكمات السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣م .

النظام السعودي حيث نصت المادة التاسعة من نظام التحكيم على أنه : (يجب الحكم في النزاع في الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم ، ما لم يتفق على تمديده ، وإذا لم يحدد الخصوم في وثيقة التحكيم أجلاً للحكم ، وجب على المحكمين أن يصدروا حكمهم خلال تسعين يوماً من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم ، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتقرر إما النظر في الموضوع أو مد الميعاد لفترة أخـــرى) .

ثانياً : التحكيم الدائم .

ويقصد به : أن يتفق أطراف النزاع على عرض النزاع على محكمين ، دون تحديد مهلة زمنية معينة للحكم في المنازعة [1] .

وعلى هذا فإذا خلا العقد الإداري من تحديد وقت معين للحكم من قبل المحكمين ، فأن التحكيم في هذا العقد يكون تحكيماً دائماً ،بحيث إذا نص في العقد الإداري على الالتجاء إلى التحكيم في كل منازعة تثار بسبب العقد ، فإن التحكيم يكون تحكيماً دائماً بدوام العقد [2] .

---

(١) انظر: شعبان ، إبراهيم عطا ، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ٥٨،بحث مطبوع في جامعة محمد بن سعود الإسلامية لعام ١٤٠٩هـــ

(٢) المرجع السابق ، نفس الموضوع.

حيث نص الفقهاء كما مر معنا [١] أنه إذا تقيد التحكيم بوقت تقيد به قياساً على توقيت القضاء ، ومفهوم المخالفة أنه إذا لم يتقيد بوقت أصبح تحكيما دائماً .

الفرع الثالث : التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح في العقود الإدارية .

تمهيد : وينبني هذا النوع كما مر معنا على الصلاحيات التي يمنحها أطراف المنازعة للمحكم إلى نوعين التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح وسوف أبين كل نوع وموقف الفقه الإسلامي منه على النحو التالي :

أولاً : التحكيم المقيد .

ويقصد به : تقييد الخصوم لعملية التحكيم من حيث الزمان ، أو المكان ، أو المحكمين، أو اختصاصهم ، أو الإجراءات الواجب إتباعها في التحكيم [٢] فالمحكم في هذا النوع مقيد بما يتضمنه الاتفاق على التحكيم وهي شروط صحيحة و يجب الالتزام بها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حـل حراماً " [٣] .

وقد نص الفقهاء على أن الشروط التي يتضمنها العقد إذا كانت موافقة لمقتضى العقد أو في مصلحته أو حققت نفعاً لأحد المتعاقدين فلا مانع منها [٤].

---

(١) انظر ص ٨٨ من هذا البحث

(٢) انظر: شحاتة، إبراهيم عطا ، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ٦٣، مرجع سابق.

(٣) رواه الترمذي في كتاب الأحكام ، باب ما ذكر عن الرسول في الصلح بين الناس ، حـ ٣ ص ٦٣٤ رقم (١٣٥٢) من حديث كثير بن عمرُ بن عوف المزني عن أبيه عن جده وقال: حديث حسن صحيح .

(٤) انظر : البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع ،حـ ٢ص٥٨ومابعدها ، مرجع سابق، و ابن قدامه ، الكافي ، حـ ٢ص ٣٨، مرجع سابق.

ثانياً : التحكيم بالصلح

ويقصد به : أن يكون المحكم مفوضاً بالصلح من قبل الخصوم ويكون تسوية الواع صلحاً لا تحكيماً ، لأن المحكم المصالح لا يتقيد بما يتقيد به المحكم العادي [١] حيث نصت المادة (١٨٥٠) من مجلة الأحكام العدلية على التحكيم بالصلح بأنه : (إذا أذن الطرفان المحكمين اللذين أذنا هما في الحكم توفيقاً لأصوله المشروعة بتسوية الأمر صلحاً إذا نسبا ذلك فتعتبر تسوية المحكمين الخلاف صلحاً وهو أنه إذا وكل أحد المحكمين والآخر المحكم الآخر بإجراء الصلح أيضاً على الوجه المذكور في خصوص الذي تنازعا فيه وتصالحا توفيقاً للمسائل المدرجة في كتاب الصلح فليس لأحد الطرفين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح والتسوية) [٢].

وجاء في دور الحكام في شرح المادة السابقة : (إذا أذن الطرفان المتخاصمان المحكمين اللذين أذنا هما في الحكم توفيقاً لأصوله المشروعة بتسوية الأمر صلحاً إذا نسبا ذلك فتعتبر تسوية المحكمين الخلاف صلحاً لأنه قد ذكر في المادة (١٤٥٩) من المجلة أنه يصح أن يوكل أحد غيره في الخصومات التي يقدر على إجرائها بالذات فلذلك كما يجوز للطرفين أن يتصالحا بالذات فلهما توكيل المحكمين بالصلح ويصح الصلح من المحكمين إلا أنه يجب أن يضيف المحتكمون الصلح لموكليهم حتى يصح الصلح . وهو أنه إذا وكل أحد الطرفين أحد

---

(١) شحبان، إبراهيم عطا ، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص٥٩، مرجع سابق.

(٢) حيدر ، علي حيدر ، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، جـ ٤ ص ٦٤٧، مرجع سابق.

المحكمين والأمر المحكم الأمر لإجراء الصلح في الخصوص الذي تنازعا فيه تصالحا المحكمان بإضافة عقد الصلح إلى موكليهم وكان الصلح موافقاً للأحكام المشروعة فليس لأحد الطرفين أن يمتنع عن قبول هذا الصلح والتسوية لأنه حسب المادة (١٥٥٦) إذا تم الصلح فليس لأحد الطرفين الرجوع عنه)[1].

ويفهم من نص المادة السابقة ما يلي:

١ - أن للخصمين أن يوكلا المحكمين للقيام بالصلح بينهما ، وعلى هذا فإن مهمة المحكمين عند ذلك التوفيق بينهما والقيام بعملية الصلح وفقاً للأحكام الصلح .

٢ - إذا صالح المحكمون بين أطراف النزاع وكان الصلح موافقاً للأحكام الشرعية فليس لأحد الطرفين الرجوع عنه ، ويصبح الصلح ملزماً لهما .

---

(١) حيدر ، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، جـ ٤ ص ٦٤٧، مرجع سابق.

المطلب الثالث : المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

ومما ينبغي الإشارة إليه قبل المقارنة بين أنواع التحكيم، أن هذه الأنواع لا تنحصر فيما ذكرنا فهي تختلف باختلاف العصر وتطوراته واحتياجاته ، ولا يلزم أن يكون لك ل نوع نظام خاص به بل أن جميع هذه الأنواع يجب تنفيذها طبقاً لنظام التحكيم ولائحته التنفيذية [1] ولقد حاولت أن أبين موقف الفقه من أنواع التحكيم المعاصرة في نظام التحكيم السعودي وظهر لي أمور منها :

١ يتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي على جواز التحكيم الاختياري ، وأنه هو الأصل وعلى عدم الإجبار على التحكيم في العقود الإدارية .

٢ عرف الفقه التحكيم الخاص حيث جعل للمحكمين الحرية في تحديد وقت التحكيم كما مر معنا في التحكيم المؤقت وفي هذا دليل على جواز تنظيم المحكمين لبقية إجراءات التحكيم ، وبهذا نجد أن النظام السعودي يتفق مع الفقه الإسلامي في جواز هذا النوع والعمل به .

٣ لا يوجد عند الفقهاء مراكز أو هيئات للتحكيم لعدم الحاجة إليها ، لأن عمليات التحكيم كانت بسيطة وفي عقود بسيطة ، ولكن مع تطور الحياة الاقتصادية ووجود عقود بمبالغ كبيرة احتيج إلى مثل هذه المراكز وهيئات التحكيم ، ولا مانع منها في

---

(١) انظر :البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٤٩، مرجع سابق.

الفقه ولا النظام السعودي لأنها صورة من صور التحكيم المتفق على جوازه في الفقه والنظام السعودي .

٤ يتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي على جواز التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح والعمل بها .

٥ يتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي من حيث أنه إذا تم التحكيم بالصلح فليس لأحد الطرفين الرجوع عنه .

المبحث الثاني

مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي

المطلب الثاني: مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي

المطلب الأول : مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

يعتبر التحكيم من الوسائل القديمة والحديثة التي يفض بها النزاع ، ويعود اللجوء إليه إلى عدة أسباب ومبررات منها :

١. الإسراع في فض النزاع وذلك بسبب تفرغ المحكمين وعدم كثرة الخصومات التي ينظرونها مما يؤدي إلى سرعة البدء في تنفيذ إجراءات التحكيم والانتهاء منه في أسرع وقت ممكن ، وفي ذلك مصلحة ظاهرة في الإسراع في إيصال الحق إلى صاحبه [١]

٢. الفصل في النزاع في وقت محدد يتفق عليه الأطراف كأصل عام ، وإذا لم يحدده الأطراف فالنظام يحدده [٢] كما نصت عليه المادة التاسعة من نظام التحكيم في المملكة ، حيث نصت على أنه : (يجب الحكم في النزاع في الميعاد المحدد في وثيقة التحكيم ما لم يتفق على تمديده ، وإذا لم يحدد الخصوم في وثيقة التحكيم أجلاً للحكم وجب على المحكمين أن يصدروا حكمهم خلال تسعين يوماً من تاريخ صدور القرار باعتماد وثيقة التحكيم ، وإلا جاز لمن شاء من الخصوم رفع الأمر إلى

---

(١) انظر: الزيد ، زيد بن عبد الكريم ، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي ، ص ٥، بحث مقدم في ندوة التحكيم والصلح ، المقامة في الطائف في الفترة من ١٥-١٦/٥/١٤٢٤هـ.

(٢) انظر: آل فريان ، عبد العزيز بن عبد الرحمن ، التحكيم الوطني والأجنبي، ص ٧٣، مرجع سابق.

الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع لتقرر إما النظر في الموضوع ، أو مد الميعاد لفترة أخرى) .

٣. حرية الأطراف في اختيار المحكم ، مما يؤدي إلى طمأنينة ورضا الأطراف والقبول بحكم المحكم ، وهو أمر لا يتحقق في القضاء [١] حيث نصت المادة الخامسة من نظام التحكيم السعودي على أنه : (يودع أطراف النزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين ، وأن يبين بها موضوع النزاع ، وأسماء الخصوم ، وأسماء المحكمين ، وقبولهم نظر النزاع وأن ترفق بها صورة من المستندات الخاصة بالنزاع) ، كما نصت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية على أنه : (يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النزاع تحديداً كافياً ، وأسماء المحكمين ، ويجوز الاتفاق على التحكيم بمقتضى شرط في عقد بشأن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد) .

٤. أن حكم المحكم يجوز حجية الأمر المقضي به ويصبح نهائياً ولا يجوز إعادة النظر مرة أخرى أمام أيه هيئة أو محكمة إذا صادق عليه القاضي المختص بالفصل في النزاع [٢] ،حيث نصت المادة الثامنة عشر من نظام التحكيم السعودي على أن:

---

(١) انظر :عمران ، فارس محمد . قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى ، ص ١٥، المركز القومي للإصدارات القانونية، ، الطبعة الأولى ٢٠١٠.

(٢) انظر: البحاد ،محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٣٣، مرجع سابق.

(جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداعها خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ، وإبلاغ الخصوم بصور منها ، ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية) .

٥. حكم المحكم لا يتم الطعن فيه بالتمييز أو النقض أو التعديل من الناحية الشكلية أو الموضوعية إلا إذا خالف الشريعة الإسلامية أو الآداب العامة وإنما يكتفي بالمصادقة عليه من قاضي أول درجة [١] حيث نصت المادة العشرون من نظام التحكيم السعودي على أن : (يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً ، وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويصدر هذا الأمر بناء على طلب أحد ذوي الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعاً) .

٦. حفظ العلاقة بين المتخاصمين ، وتلافي الحقد والعداوة والبغضاء بينهم ، وذلك لأنهما اختارا التحكيم برضاهما ، مما يجعل الحكم كأنه صادر من مجلس عائلي ، بخلاف ما لو صدر الحكم من قضاء مفروض على الطرفين سبقه مخاصمة ومشاحنة وبغضاء [٢]

---

(١) انظر: البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٣٣، مرجع سابق.

(٢) انظر: الزيد ، زيد بن عبد الكريم ، مشروعية التحكيم في الفقه ، مرجع سابق ص ٥ وانظر: عمران ، فارس محمد ، قوانين ونظم التحكيم ، ص ١٥، مرجع سابق.

٧. حفظ أسرار أطراف النزاع ، إذ أن لهما أن يطلبا أن تكون جلسات التحكيم سرية [١] مع أن الأصل في النظام السعودي أن تكون الجلسات علنية حيث نصت المادة العشرون من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على أن : (تنظر الدعوى أمام هيئة التحكيم بصفة علنية إلا إذا رأت الهيئة بمبادرة منها جعل الجلسة سرية أو طلب ذلك أحد المحتكمين لأسباب تقدرها الهيئة) .

٨. ما يتميز به التحكيم من بساطة إجراءاته وسرعتها ، على عكس القضاء الذي يحاط بإجراءات مطولة ودرجات متعددة ، فأطراف الخصومة في التحكيم هم الذين يحددون إجراءات التحكيم وميعاد صدور الحكم فيه [٢] .

٩. يشجع نظام التحكيم على التعاقد مع الإدارة ، حيث يمكن للجهة الإدارية اختيار أفضل المتعاقدين معها والأصلح لتنفيذ الالتزامات محل التعاقد [٣] .

١٠. غالباً ما يكون المحكمين لديهم الخبرة الكافية في موضوع النزاع مما يساعد على اختصار الوقت ودقة الأحكام ، على عكس القضاء فقد يحتاج القاضي إلى ندب الخبراء وانتظار تقاريرهم في موضوع النزاع مما يستغرق وقتاً طويلاً [٤] .

---

(١) انظر: عمران ، فارس محمد ، قوانين ونظم التحكيم، ص ١٥، مرجع سابق.

(٢) انظر: الشيخ ،عصمت عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية، ص ٤١، مرجع سابق، و انظر: الفقي ،عمرُ عيسى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، ص ١٩، مرجع سابق.

(٣) انظر:الشيخ ، عصمت عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية، ص ٤٣، مرجع سابق.

(٤) انظر: البحاد، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٣١، مرجع سابق.

١١. تزايد العلاقات التعاقدية التي فيها طرف أحنني في ظل التطور الاقتصادي الذي يعيشه العالم اليوم ، وخوف كل طرف من الخضوع إلى قضاء الأخر ، مما جعل التحكيم وسيلة آمنة لأطراف هذه العلاقات التعاقدية [١] .

١٢. يعتبر التحكيم ضمانة إجرائية تعتمده الدولة لتشجيع الاستثمار على إقليمها وهو الأمر الذي دفع الكثير من الدول إلى سن نصوصاً صريحة تفيد قبول التحكيم [٢]

---

(١) انظر :الحلو ، ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم، ص ١٨٩، مرجع سابق.

(٢) انظر: الحداد، حفيظة السيد ، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ،ص ٩، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، ٢٠٠١م.

المطلب الثاني : مبررات اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي .

التحكيم من الوسائل التي يفض بها النزاع عند الفقهاء ولقد أجاز العلماء هذه الوسيلة لأسباب ومبررات منها :

١ التوسيع على الناس في فصل المنازعات بواسطة المحكمين لأنه يشق على الناس الحضور إلى مجلس الحكم فجاز التحكيم للحاجة إليه [١] .

٢ في التحكيم تخفيفاً على القضاة كما أن فيه تخفيفاً على الخصوم ورفع مشقة الترافع عند القاضي ، كما ذكر ذلك بن العربي [٢] حيث قال : (وإذن في التحكيم تخفيفاً عنه وعنهم في مشقة الترافع لتتم المصلحتان وتحصل الفائدتان) [٣]

٣ لأطراف المنازعة ولاية على أنفسهما فيصح لهما تحكيم غيرهما في المنازعات التي بينهما [٤] .

---

(١) انظر: الطرابلسي ، علي بن خليل أبو الحسن علاء الدين ، معين الحكام ، حـ ١ ص ٨٦ ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٣م .

(٢) أبو بكر محمد بن عبد الله ، المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي الحافظ المشهور ، تنقل في عدد من البلدان فدخل الشام وبغداد والحجاز وتلقى العلم عن عدد من علماء تلك البلاد أمثال محمد بن الوليد الطرطوشي وأبو حامد الغزالي وغيرهم، وقدم إلى اشبيلية بعلم كثير قبل ولادته كانت سنة ٤٦٩هـ وتوفي بالعدوة، ودفن بمدينة فارس سنة ٥٤٣هـ ، انظر :ابن خلكان ، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، حـ ٤ ، ص ٢٩٦ ، ٢٩٧، سنة ١٩٧١م ، الطبعة الأولى، تحقيق : إحسان عباس .

(٣) انظر: ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله ، أحكام القرآن ، حـ ١ ص ١٢٥ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، لبنان ، تحقيق . محمد بن عبد القادر عطا .

(٤) انظر : المرغيناني، أبي الحسن علي بن أبي بكر ، الهداية شرح البداية، ، حـ ٣ ص ١٠٨، المكتبة الإسلامية ، وانظر :السيواسي، كمال الدين محمد بن الهمام ، شرح فتح القدير ، حـ ٧ ص ٣١٦ ، دار الفكر ، وفيات الأعيان ، بيروت ، الطبعة الثانية ، وانظر : الموصلي ، عبد الله بن محمود ، الاختيار لتعليل المختار ، حـ ٢ ص ٩٩،دار الكتب العلمية ، -- بيروت

٤ لأطراف المنازعة أن يستفتيا فقيهاً يعملان بفتواه في قضيتهما فكما صح لهما ذلك صح لهما أن يحكما غيرهما في المنازعة التي بينهما [١] .

٥ يجيز التحكيم للمحكمين حرية اختيار مذهب فقهي معين في حالة إذا كان الوالي قد فرض تطبيق مذهب معين على القضاة ، فيكون التحكيم مخرجاً لهم وذلك بوضع شرط في وثيقة التحكيم ، يحددان فيه الحكم والمذهب الفقهي الذي يجب أن يطبق وبهذا يكون في التحكيم مخرجاً لهم للاستفادة مما لدى المذاهب الفقهية مما يخدم القضية المتنازع فيها [٢] .

٦ التحكيم وسيلة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في البلاد التي لا تحكم بشرع الله وذلك بوضع شرط في وثيقة التحكيم يتضمن تطبيق الأحكام الشرعية [٣]

٧ في التحكيم فض المنازعات و لم الشمل وإصلاح ذات البين وفي عدم جوازه ضياع الحقوق وتفرق الناس واستبداد المشاحنات فيما بينهم [٤] .

، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٦هـ تحقيق : عبد اللطيف محمد عبد الرحمن ، وانظر : الزيلعي ، عثمان بن علي، تبيين الحقائق، جـ ٣ ص ١٩٣، مرجع سابق.

(١) انظر : العمراني ، محمد بن يوسف ، التاج والإكليل لمختصر خليل ، جـ ٦ ص ١١٢، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨هـ ، وانظر: عليش ، محمد عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، جـ ٨ ص ٢٨٣ ،دار الفكر ، بيروت، ١٤٠٩هـ.

(٢) انظر : الغزالي ، حسن أحمد محمد ، التحكيم في الفقه الإسلامي ، ص ٩٦ ، ١٤٠٩هـ ، مرجع سابق، وانظر: الزيد ، زيد بن عبد الكريم ، مشروعية التحكيم، ص ٧، مرجع سابق.

(٣) انظر :الغزالي ، حسن أحمد محمد ، التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ٩٦، مرجع سابق.

(٤) انظر: الدوري ، قحطان عبد الرحمن ، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص ١١٠، مطبعة الخلود ، بغداد، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ.

٨ سهولة إجراءات التحكيم وقلة نفقاته ودفع الخصومات بالرضا به [١].

(١) انظر :الدوري، قحطان عبد الرحمن ، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، ص١١٠، مرجع سابق

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

نلحظ أن مبررات التحكيم تزيد بتطور العصر وزيادة احتياجاته ووجود عقود بين الدولة ومستثمرين وشركات من دول أخرى لأجل تنمية البلاد وتطويرها . ولذلك كانت المبررات إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي أكثر منها في الفقه الإسلامي مع التطابق الكبير بينهما في كثير من المبررات التي منها :

١ أن التحكيم وسيلة لفض المنازعات بشكل سريع ونفقة بسيطة كما أنه يحفظ الود بين المتنازعين وفيه توسيع على الناس في فصل المنازعات .

٢ في التحكيم تخفيفاً على القضاء ومنعاً لتراكم الخصومات التي تؤدي إلى تأخر وصول الحقوق إلى أهلها .

٣ سهولة إجراءات التحكيم مما يؤدي إلى اختصار الوقت والجهد وإيصال الحق إلى صاحبه في وقت قصير .

٤ يحقق التحكيم حرية لأطراف النزاع من حيث اختيار الحكم وإجراءات التحكيم واختيار المذهب الفقهي المناسب للمنازعة مما يساعد على إنهاء المنازعة مع بقاء الود بين المتنازعين لأنهما هما اللذان حددا طريقة سير الخصومة على عكس القضاء .

المبحث الثالث

حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإداري ـــــــ ة في النظام السعودي .

المطلب الثاني: حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المطلب الأول : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي

تمهيد :

سوف أبين إن شاء الله تعالى موقف بعض الدول من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية قبل أن أبين موقف النظام السعودي من التحكيم في العقود الإدارية حيث تباينت الدول الحديثة في موقفها من التحكيم في العقود الإدارية بين مجيز ومانع وعلى رأس الدول المانعة للتحكيم في العقود الإدارية فرنسا حيث تضمنت المادة (٢٠٦٠) من نظام التقنين الفرنسي على حظر التحكيم في الموضوعات والأمور المتعلقة بالدولة أو المرافق العامة أو الجهات الإدارية الرسمية أو لبلوسسات العامة وتبعتها في ذلك الجزائر حيث تضمنت المادة (٤٤٢) من نظام المرافعات الجزائري لسنة ١٩٦٦م والتعديل الذي طرأ عليه بموجب النظام المعدل الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٤/٢٧م على عدم السماح للأجهزة الإدارية الرسمية العامة باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية واستقر الأمر في ليبيا على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية [١] .

وأما في مصر فقد مر التحكيم في العقود الإدارية بثلاث مراحل [٢] أذكرها بإيجاز :

---

(١) انظر :عبد الهادي ، بشار جميل ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ص ٦١، ٦٢ ، ٦٣، مرجع سابق.

(٢) انظر : أمين ، محمد سعيد ، خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، ص ٥٤ ، ٥٥، ٥٦ ، ٥٩ ، ٦٠، مرجع سابق.

المرحلة الأولى :

سكوت المنظم عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية حيث لم يتضمن نظام المرافعات المدنية الصادر عام ١٩٦٨م نصاً يجيز أو يمنع التحكيم في العقود الإدارية بل جاء النص عاماً في جواز التحكيم في جميع العقود سواء كانت مدنية أو إدارية .

المرحلة الثانية :

صدور النظام رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م وفي هذه المرحلة دار الخلاف حول جواز التحكيم في العقود الإدارية بين مانع ومجيز وبعود السبب في ذلك إلى عدم وجود النص الصريح على التحكيم في هذه العقود .

المرحلة الثالثة :

صدور النظام رقم ٩ لسنة ١٩٩٧م ، حيث تضمن تعديلاً جوهرياً على المادة الأولى من قانون التحكيم السابق رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤،وذلك بإضافة فقرة ثانية تنص على أنه : (في جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وذلك بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه من الأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك) .

ومن خلال نص المادة السابقة نجد أن المنظم المصري نص صراحة بما لا يترك مجالاً للجدل على جواز التحكيم في العقود الإدارية بشرطين :

الشرط الأول :

موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه من الأشخاص الاعتباريين .

الشرط الثاني :

عدم جواز التفويض في ذلك .

وأما في بعض دول أمريكا اللاتينية وأوربا الشرقية فقد أجازت اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي [١] .

ويعود السبب من وجهة نظري في تباين الآراء حول التحكيم في العقود الإدارية إلى أمرين :

الأمر الأول :

أن الجهات الإدارية تبرم العقود مع الأفراد والجهات الأخرى باعتبارها ذات سلطة وسيادة ، وترى الدول المانع أن التحكيم في هذه العقود يتعارض مع سلطاتها وسيادتها .

الأمر الثاني :

لكل دولة ظروفها السياسية والاجتماعية والاقتصادية والإدارية التي تعيش في إطارها .

وأما في المملكة العربية السعودية فقد مر التحكيم في العقود الإدارية بمرحلتين قبل صدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦/وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ .

المرحلة الأولى : قبل صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) في تاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ

---

(١) انظر : عبد الهادي ، بشار جميل ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ص ٦٢، مرجع سابق.

نص أقدم نظام تجاري سعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٣٢وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ . على التحكيم وأفرد له المواد من ٤٩٣ إلى ٤٩٧ ، وتضمنت هذه المواد التحكيم بشكل عام وخاصة تنظيم التجارة البرية والبحرية والقضاء التجاري ، واستمد هذا النظام من التقنين العثماني والمستمد من المجموعة الفرنسية ، والملاحظ أن هذا النظام لم يتطرق في مواده إلى تنظيم التحكيم في العقود الإدارية بأي شكل من الأشكال وكان التحكيم في العقود الإدارية في هذه المرحلة مغيباً شأنه شأن معظم الدول في ذلك الوقت [1] .

المرحلة الثانية : بعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) في تاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ

أصدر مجلس الوزراء قراره رقم (٥٨) في تاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ والمتضمن أنه :

(لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشب بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة ويستثنى من ذلك الحالات الاستثنائية التي تمنح فيها الدولة امتيازاً هاماً وتظهر لها مصلحة قصوى في منح الامتياز متضمناً شرط التحكيم) ويمكن من خلال النظر في نص القرار السابق يمكن استنتاج ما يلي :

١ يعتبر هذا القرار أول تنظيم للتحكيم في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية .

٢ تضمن هذا القرار حظر التحكيم في فض المنازعات التي تحدث بين الحكومة أو أية وزارة أو إدارة أو وكالة تابعة لها مع الأشخاص الطبيعيين أو الشركات أو

---

(١) انظر : المدني ،حمزة علي ، القانون التجاري السعودي، ص ٢١، دار المدني ، جدة ، الطبعة الخامسة ١٤٢١هـ وانظر: البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٩، مرجع سابق.

المؤسسات الخاصة [١] وعلى هذا فإن الأصل في النظام السعودي بناءاً على هذا القرار هو حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية .

٣ جاء منطوق هذا القرار على حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية سواء كانت داخلية أو خارجية ، حيث لم يفرق بين التحكيم الداخلي والدولي [٢] .

٤ تضمن القرار استثناءاً من حظر التحكيم في العقود الإدارية في حالة المنازعات الناشئة عن عقود الامتياز [٣] التي تتضمن مصالح حيوية للدولة بشرط تضمين العقد شرط التحكيم ، مما يتطلب الحصول على إذن مسبق من الدولة على قبول شرط التحكيم لأنها هي وحدها التي تحدد مصالحها الحيوية [٤] .

ومن الحالات الاستثنائية لهذا القرار ، قرار مجلس الوزراء رقم ١٠٠٧ وتاريخ ١٣٨٨/٧/٧هـ والمتضمن قبول التحكيم في العقد المبرم بين أمانة الرياض وشركة أنكاس لتطوير مدينة الرياض على أن يعود الأمر إلى ديوان المظالم للبت في النزاع عند اختلاف المندوبين في الوصول إلى تسوية بين الطرفين [٥] .

---

(١) انظر : البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٧٥ ، مرجع سابق.

(٢) المرجع السابق نفس الصفحة .

(٣) عقود الامتياز : هي عقود بموجبها تعهد الدولة إلى أحد الأفراد أو الشركات أو المؤسسات الخاصة بإدارة أو استغلال مرفق عام اقتصادي لمدة محدودة ، انظر :البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة، ص ٧٥، مرجع سابق.

(٤) المرجع السابق نفس الصفحة .

(١) انظر : الرومي ، عبد الله بن حمد ، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها، ص ٤٧٩، مرجع سابق.

وبعد بيان موقف الدول من اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية والمراحل التي مر بها التحكيم في العقود الإدارية في المملكة سوف أبين موقف النظام السعودي من التحكيم في العقود الإدارية في ظل نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٦/ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ .

حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في ضوء نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦/وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ .

بصدور هذا النظام انتهى العمل بقرار مجلس الوزراء رقم ٥٨ في تاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ وبدأت مرحلة جديدة لتنظيم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ، حيث نصت المادة الثالثة من هذا النظام على أنه : (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض المنازعات مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم) .

وبالنظر إلى هذه المادة يمكن استنتاج ما يلي :

١ جواز التحكيم في العقود الإدارية كمبدأ عام بعد أن كان محظوراً إلا بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقود الامتياز المتضمنة مصالح حيوية للدولة .

٢ جواز التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية لعدم النص على ما يمنع ذلك .

٣ يشترط لجواز التحكيم في العقود الإدارية ، الحصول على إذن مسبق من رئيس مجلس الوزراء [١] حيث لم يكن منصوصاً عليه في قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ وإنما كان تبعاً لأن الدولة هي وحدها التي لها الحق في تحديد مصالحها الحيوية .

٤ يجوز أن يكون التحكيم في العقود الإدارية داخل أو خارج المملكة لعدم النص على ما يمنع ذلك .

وبذلك يكون نظام التحكيم السعودي الجديد قد واكب التطور الذي حصل في التحكيم في العقود الإدارية في معظم الدول كما مر معنا ، وأخذ طريقاً وسطاً بين المانعين له بالكلية والمجيزين له بالكلية ، حيث استفاد من مميزات وفوائد التحكيم وقيده بضوابط وشروط لتحقيق المصلحة العامة ، وفرض عليه رقابة رفيعة المستوى للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام.

---

(١) سوف أتحدث عنه بالتفصيل في مبحث مستقل إن شاء الله .

المطلب الثاني : حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي .

اعتنى علماء وفقهاء الشريعة عناية فائقة بالعقود الخاصة التي يبرمها الأفراد فيما بينهم تأصيلاً وتفريعاً ، وفي المقابل لا تكاد تجد للعقود التي يبرمها ولي الأمر مستغلاً امتيازات السلطة من أجل تحقيق المصلحة العامة إلا إشارات تحتاج إلى وقفات وتأمل ، وسوف أسوق بعض نصوص الفقهاء الخاصة والعامة حتى يتبين لنا حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي .

أولاً : المذهب الحنفي :

ذهب الحنفية إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية ،ففي المبسوط للسرخسي [1] قال : (وذكر عن أبي البحتري أن أعرابياً أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه : فقال : إن بني عمك عدوا على إبلي فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها فقال له عثمان رضي الله عنه إذا نعطيك إبلاً مثل إبلك وفصلاناً مثل فصلانك قال إذاً تقطع ألبانها وتموت فصلانها حتى تبلغ الوادي فغمزه بعض القوم بعبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال : بيني وبينك عبد الله فقال :عثمان رضي الله نعم ، فقال: عبدالله رضي الله عنه أرى أن يأتي هذا وادبه فيعطى ثمة إبلاً مثل إبله

---

(١) السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر، شمس الأئمة: فاض، من كبار الأحناف، مجتهد، من أهل سرخس (في خراسان). أشهر كتبه المبسوط في الفقه والتشريع، أملاه وهو سجين بالجب في أوزجند (بفرغانة) وله الأصول في أصول الفقه، و شرح مختصر الطحاوي . وكان سبب سجنه كلمة نصح بها الخاقان ولما أطلق سكن فرغانة إلى أن توفي ،انظر: الزركلي ، الأعلام ، جـ٥ ص ٣١٥، مرجع سابق .

وفصلاتاً مثل فصلانه فرضي عثمان رضي الله عنه بذلك وأعطاه) [١] ،وفيه دليل جواز التحكيم وأن الإمام إذا كان يخاصمه غيره فله أن يحكم برضى الخصم من ينظر بينهما كما فعله عثمان رضي الله عنه) [٢].

ومن النص السابق يستفاد أن لجهة الإدارية في العقود الإدارية أن تلجأ إلى التحكيم بعد رضى المتعاقد معها من غير إجبار له .

وجاء في كتاب أدب القاضي للخصاف [٣] وشرحه : (قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلوانيّ[٤] رحمه الله : تخصيص صاحب الكتاب الحدود والقصاص ، دليل على أن فيما سوى ذلك ينفذ حكم الحاكم في المجتهدات نحو اللثنايات في الطلاق ، والطلاق المضاف ، هذا الظاهر عند أصحابنا وإليه أشار بعد هذا ، وهو الصحيح ، لكن مشايخنا

---

(١) رواه البيهقي ، كتاب البيوع ، باب استقراض الحيوان والسلف فيه وبيع بعضه ببعض متفاضلاً ، حـ ٤ ص٤١٦ برقم (٣٥٨٣)

(٢) السرخسي ، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل ، المبسوط ، حـ ١١ ص٩٣، ٩٤ ، ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ دراسة وتحقيق :خليل محي الدين الميس

(٣) الخصاف ، أحمد بن عمر المهتدي الشيباني ، أبو بكر المعروف بالخصاف : فرضي حاسب فقيه كان مقدماً عند الخليفة المهتدي بالله ، فلما قتل المهتدي ترك فذهب بعض كتبه ، وكان ورعاً يأكل من كسب يده توفي ببغداد سنة ٢٦١هـ ، له تصانيف منها : أحكام الأوقاف والحيل والوصايا وأدب القاضي ، انظر :الزركلي ، الأعلام، حـ ١ ص ١٨٥، مرجع سابق.

(٤) الحلوانيّ ، أبو محمد عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح البخاري الحلوانيّ ، أخذ عنه شمس الأئمة محمد بن أبي سهل السرخسي إمام أهل الرأي ، مات ببخارى سنة ٤٥٦هـ ودفن بمقبرة الصدور، انظر : الذهبي . شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان ، سير أعلام النبلاء ، حـ ١٨ ص ١٧٧، ١٧٨، مؤسسة الرسالة ،تحقيق شعيب الارنؤط .

امتنعوا عن هذا في الفتوى وقالوا : يحتاج إلى حكم الحاكم كما في الحدود والقصاص كيلا يتحاسر العوام فيه)[1].

دل النص السابق على جواز التحكيم في المجتهدات ، والعقود الإدارية من المجتهدات فيجوز اللجوء إلى التحكيم فيها .

ثانياً : المذهب المالكي :

ذهب المالكية إلى جواز التحكيم في الأموال وما في معناها حيث جاء عند ابن فرحون (أن الخصمين إذا حكما بينهما رجلاً وارتضياه لأن يحكم بينهما فإنه جائز في الأموال وما في معناه)[2]وجاء في الشرح الكبير للدردير [3] : (جواز التحكيم إنما يكون في مال وجرح) [4] .

والعقود الإدارية تدخل في الأموال فيجوز اللجوء إلى التحكيم فيها .

ثالثاً : المذهب الشافعي :

---

(١) بن مازة ، برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز ، شرح كتاب أدب القاضي للخصاف ، حـ ٤ ص ٦٣، ٦٤ ، الدار العربية للطباعة ، بغداد، تحقيق : محي هلال السرحان

(٢) ابن فرحون ، إبراهيم بن محمد ، تبصرة الحكام، حـ ١ ص ٥٠ ، مرجع سابق.

(٣) الدردير : هو أحمد بن محمد بن أحمد العدوي ، أبو البركات الشهير بالدردير : فاضل ، من فقهاء المالكية ، ولد في بني عدي بمصر وتعلم بالأزهر وتولى بالقاهرة سنة ١٢٠١هـ من كتبه (أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك وتحفة الإخوان في علم البيان ، انظر : الزركلي ، الأعلام، حـ ١ ص ٢٢٤ ، مرجع سابق .

(٤)الدردير ، أحمد بن محمد أبو البركات ، الشرح الكبير ، حـ ٤ ص ١٣٦، دار الفكر ، بيروت، تحقيق : محمد عليش

جاء في المهذب للشيرازي[1] : (اختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فمنهم من قال يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان كما يجوز حكم القاضي الذي ولاه الإمام ومنهم من قال يجوز في الأموال)[2].

ويستفاد من النص السابق جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على القولين السابقين ، لأنها من الأموال.

وجاء في أدب القاضي للماوردي[3] : (والأحكام تنقسم في التحكيم ثلاثة أقسام :

١ قسم يجوز فيه التحكيم ؛ وهو حقوق الأموال ، وعقود المعاوضات ، وما يصح فيه العفو والإبراء .

٢ قسم لا يجوز فيه التحكيم ؛ وهو ما اختص القضاة بالإجبار عليه من حقوق الله تعالى والولايات على الأيتام وإيقاع الحجر على مستحقيه .

---

(١) الشيرازي: هو إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، أبو إسحاق ، ولد في فيروز آباد بفارس وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائه ، ثم إلى البصرة ثم إلى بغداد ، اشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة ، له تصانيف منها : التنبيه والمهذب وطبقات الفقهاء وغيرها مات ببغداد سنة ٤٧٦هـ ، انظر : الزركلي ، الأعلام ، جـ ١ ص٥١ ، مرجع سابق .

(٢) الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف ، المهذب في فقه الإمام الشافعي، جـ ٢ ص ٢٩١ ، مرجع سابق.

(٣) علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماوردي: أقضى قضاة عصره من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة ولد في البصرة، وانتقل إلى بغداد، وولي القضاء في بلدان كثيرة ، من كتبه أدب الدنيا والدين و الأحكام السلطانية . انظر : الزركلي ، الأعلام ، جـ ٤ص ٣٢٧، مرجع سابق .

٣ قسم مختلف فيه وهو أربعة أحكام : النكاح واللعان والقذف والقصاص (١)

والعقود الإدارية من عقود المعاوضات وتدخل ضمن الأموال ، فيصح اللجوء إلى التحكيم عند حدوث المنازعة فيها على ضوء النص السابق

وذهب بعض الشافعية على أن التحكيم بوجه عام لا يجوز إذا وجد قاضي في البلد ، فإذا لم يوجد قاض فيجوز التحكيم .

واستدلوا بأن الحكم بين الناس من عمل الإمام ونوابه ، وفي التحكيم افتيات على الإمام فإذا لم يوجد قاض في البلد جاز للضرورة (٢) .

ويجاب عن هذا الاستدلال بأن التحكيم يختلف عن القضاء ، فالحكم يصدر حكمه بناءاً على رضي الطرفين ، بخلاف القاضي الذي له ولاية عامة ، بالإضافة إلى أن الحكم ليس له ولاية تنفيذ وبالتالي ليس هناك افتيات على الإمام (٣) .

رابعاً : المذهب الحنبلي :

جاء في كتاب الكافي لابن قدامة قوله : (اختلف أصحابنا فيما يجوز فيه التحكيم فقال: أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أن تحكيمه يجوز في كل ما تحاكم فيه الخصمان قياساً على قاضي الإمام وقال القاضي : يجوز حكمه في الأموال خاصة فأما النكاح

---

(١) الماوردي ، علي بن محمد ، أدب القاضي، جـ ٢ ص ٣٨٠، ٣٨١، مرجع سابق.

(٢) انظر :الشربيني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج، جـ ٤ ص ٣٧٩، مرجع سابق.

(٣) انظر : الزيد ، زيد بن عبد الكريم ، مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، ص ١٢، مرجع سابق.

والقصاص وحد القذف فلا يجوز فيها لأنها مبنية على الاحتياط فيعتبر للحكم فيها قاضي الإمام لا الخدود)[1].

وعلى ضوء النص السابق فإنه يجوز التحكيم في العقود الإدارية على الرأي الأول وعلى الرأي الثاني لأنها تدخل ضمن الأموال .

وجاء في كتاب الإنصاف للمرداوي [2] قوله : (وإن تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء ، فحكماه بينهما فحكم : نفذ حكمه في المال ، وينفذ في القصاص والحد والنكاح واللعان في ظاهر كلامه ، ذكره أبو الخطاب في الهداية ، وهو المذهب ، وقال القاضي : لا ينفذ إلا في الأموال خاصة)[3].

ويستفاد من النص السابق جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية لدخولها ضمن الأموال .

وبعد عرضنا للمذاهب الفقهية نجد أن الفقهاء اتفقوا على جواز التحكيم في العقود الإدارية ، إما بالنص عليها صراحة أو لدخولها ضمن الأموال .

---

(١) ابن قدامة ، عبد الله بن أحمد ، الكافي ، حـ ٤ ص ٤٣٦، مرجع سابق.

(٢) المرداوي ، علي بن سليمان بن أحمد الدمشقي ، فقيه حنبلي ، ولد في مرادا (قرب نابلس) وانتقل في كبره إلى دمشق وتوفي بها سنة ٨٨٥هـ ، من كتبه : الإنصاف والتنقيح المشبع في تحرير أحكام المقنع والتحبير في شرح التحرير. انظر : الزركلي ، الأعلام ، حـ ٤ص٢٩٢، مرجع سابق.

(٣) المرداوي ، علي بن سليمان بن أحمد ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، حـ ١١ ص ١٧٨، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ ،تحقيق : أبي عبد الله محمد بن حسن إسماعيل.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

بعد عرض مراحل التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي وما استقر عليه الأمر في حكم اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي نلحظ ما يلي :

١. يتفق النظام السعودي مع الفقه الإسلامي على جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، حيث اتفق فقهاء الشريعة على جواز التحكيم في العقود الإدارية ، وإن لم ينصوا عليه إلا أنه يفهم من نصوصهم جوازه كما بينا .

٢. يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي في اشتراط الحصول على أذن مسبق من الإمام على التحكيم في العقود الإدارية ، ففي النظام السعودي اشترط لجواز التحكيم حصول الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء و لم ينص الفقهاء على هذا الشرط .

الفصل الثاني

العقود الإدارية الرئيسية محل التحكيم

وفيه تمهيد وثلاثة مطالب

تمهيد: مفهوم المنازعة في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الأول: التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الثاني: التحكيم في عقود البوت B.O.T في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الثالث: التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي والفقه الإسلامي

التمهيد

مفهوم المنازعة في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: مفهوم المنازعة الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني: مفهوم المنازعة الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : مفهوم المنازعة الإدارية في النظام السعودي

فرق بعض فقهاء النظام بين النزاع الإداري والمنازعة الإدارية ، فقيل النزاع الإداري هو :النزاع القائم بفعل النشاط الإداري أو أثر من الآثار المترتبة عن علاقة إدارية[١].

و يكون طرفاه جهتين إداريتين أو يكون أحد طرفيه جهة إدارية و طرف آخر .

أما المنازعة الإدارية فهي :مجموع من النزاعات التي يختص بالفصل فيها القضاء الإداري مع إتباع إجراءات إدارية قضائية خاصة[٢].

أما النظام السعودي فحدد مفهوم المنازعة الإدارية بأنها التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها.

حيث جاء في أحد أحكام ديوان المظالم السعودي أن: (المنازعة الإدارية هي التي تكون إحدى جهات الإدارة طرفاً فيها)[٣]

والأصل في العقود الإدارية أن الخلافات الناشئة عن تنفيذها أو تفسيرها تدخل ضمن اختصاص هيئات القضاء الإداري، ففي مصر وفرنسا يختص مجلس الدولة (وهو هيئة

---

(١) بحث بعنوان (النزاع الإداري ومعايير التمييز بينه وبين النزاع العادي) نشر على الشبكة العنكبوتية www.4shared.com/ ، ص ٢

(٢) المرجع السابق نفس الصفحة.

(٣) حكم رقم ٢٩/ت/٢/١٤١٥هـ غير منشور، نقلاً من الحضير، خالد عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية، ص٣٣٥، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون، لعام ١٤٢٩هـ

قضائية إدارية) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية [١]، وفي المملكة العربية السعودية يختص ديوان المظالم كهيئة قضاء إداري بالفصل في العقود التي تكون الحكومة أو أحد الشخصيات المعنوية العامة طرفاً فيها سواء أكانت هذه العقود إدارية أم غير إدارية. حيث جاء في حكم لديوان المظالم أن: (الديوان بهيئته قضاء إداري يختص بنظر الدعوى التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص ذوي الشخصية المعنوية العامة طرفاً فيها)[٢].

وبناء على ما سبق فإن ديوان المظالم هو الجهة المختصة بنظر المنازعات الإدارية.

---

(١) خليل ، بجلاء حسن ، التحكيم في منازعات الإدارية ، ص ٢٨ وما بعدها، مرجع سابق

(٢) حكم رقم ١٧/ت/٢/١٤١٦هـ غير منشور، الخضير، خالد عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية، ص ٣٢٥مرجع سابق.

المطلب الثاني: مفهوم المنازعة الإدارية في الفقه الإسلامي.

أولاً : تعريف المنازعة الإدارية في اللغة

مادة (نزع) في اللغة تأتي بعدة معاني منها :

نازَعَهُ :أي خاصَمَهُ وحادَّهُ ، وأرضي تُنازِعُ أرْضَكُمْ : تَتَّصِلُ بها ، والتَّنازُعُ : التخاصم والتناول.

وتنازع القوم :اختلفوا ويقال تنازعوا في الشيء وتنازع القوم الشيء تجاذبوه. [1]

وعلى ذلك فإن المنازعة بمعنى المخاصمة والاختلاف على الشيء ، وهذا المعنى هو المتفق مع البحث .

الإدارية : سبق بحث معناها في اللغة [2]، وتوصلنا إلى أن الإدارة هي الجهة التي تهتم بضبط الأمور وتوجيه الأوامر بما يحقق المصلحة العامة .

فيكون كلمة الإدارية وصف للمنازعة ، وعليه يمكن القول بأن المنازعة الإدارية في اللغة بمعنى : المخاصمة والاختلاف الذي يقع بين الجهة الإدارية والطرف المتعاقد معها .

---

(١) الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، جـ ٢ص ٩٩ ، مرجع سابق ، وإبراهيم مصطفى وغيره ، المعجم الوسيط ، جـ ٢ ص ٩١٤، مرجع سابق .

(٢) انظر : ص ٤١من هذا البحث .

ثانياً :تعريف المنازعة الإدارية في الاصطلاح

ورد لفظ المنازعة في القرآن الكريم في عدة مواضع منها:

قوله تعالى : (حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَازَعْتُمْ فِي الأَمْرِ وَعَصَيْتُمْ مِنْ بَعْدِ مَا أَرَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ)(١).

قال أبو جعفر: يعني بقوله حل ثناؤه:" وتنازعتم في الأمر" أي :اختلفتم في أمر الله . (٢)

وقال السيوطي في تفسيره :(أخرج ابن جرير ، وَابن أبي حاتم عن الربيع {حتى إذا فشلتم} يقول : جبنتم عن عدوكم {وتنازعتم في الأمر} يقول : اختلفتم) .(٣)

وقوله تعالى : (فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ)(٤)

قال أبو جعفر: يعني بذلك حل ثناؤه: فإن اختلفتم، أيها المؤمنون، في شيء من أمر دينكم: أنتم فيما بينكم، أو أنتم وولاة أمركم، فاشتجرتم فيه فردوه إلى الله والرسول.(٥)

---

(١) سورة آل عمران من الآية رقم:١٥٢

(٢) الطبري ، محمد بن جرير ، جامع البيان في تأويل القرآن ، جـ ٧ ص ٢٨٩، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ ، تحقيق ، أحمد محمد شاكر .

(٣) السيوطي ، عبدالرحمن بن أبي بكر ، الدر المنثور في التفسير بالمأثور ، جـ ٤ ص ٦٩ ، مركز هجر ، مصر .

(٤) سورة النساء آية رقم :٥٩ .

(٥) الطبري ، محمد بن جرير ، جامع البيان في تأويل القرآن ، جـ ٨ص ٥٠٤، مرجع سابق .

واستعمل الفقهاء التنازع أحياناً بمعنى الاختلاف[١].

وسبق أن بينا أن مفهوم الإدارة في الدولة الإسلامية هو : نظام الديوان الذي تجري على أساسه الأعمال في الدولة [٢].

وعليه يمكن وصف المنازعة الإدارية في الفقه الإسلامي بأنها : الخلاف الذي يكون أحد أطرافه الدولة .

والجهة المختصة بالفصل في مظالم الرعية ضد الحاكم أو أحد من عماله هي ديوان المـــظالم [٣].

وبناء على ما سبق فإن ديوان المظالم هو الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية في الفقه الإسلامي.

---

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية ، جـــ ٢ ص ٢٩٢ ، دار السلاسل ، الكويت ، الطبعة الثانية .

(٢) انظر : ص ٤٢ من هذا البحث .

(٣) انظر : الماوردي ، محمد علي ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، ص ١٠٧ ، مرجع سابق.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي

من خلال ما سبق يمكن ملاحظة ما يلي :

١ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي في مفهوم المنازعة الإدارية بأنها : الخلاف الذي يقع بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها .

٢ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي بأن معيار المنازعة الإدارية هو أن تكون الجهة الإدارية طرفاً في المنازعة .

٣ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على أن الجهة المختصة بالفصل في المنازعات الإدارية هي ديوان المظالم.

المبحث الأول

التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه تمهيد وثلاثة مـطالب :

تمهيد:في التعريف بعقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي.

المطلب الثاني: التحكيم في عقود الأشغال العامة في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث:مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

تمهيد: التعريف بعقود الأشغال العامة في النظام السعودي والفقه الإسلامي.

أولا: التعريف بعقود الأشغال العامة في النظام السعودي:

استناداً إلى المادة العاشرة من نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ١٤ في ١٣٩٧/٤/٧هـ، والتي تنص على: (يصدر بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزارة المالية والاقتصاد الوطني نماذج لعقود الأشغال العامة والتوريد وغيرها من العقود الإدارية. إلى أن يصدر هذه النماذج يجب تضمين العقود التي تبرمها الجهات الحكومية الشروط التي تكفل المحافظة على حقوق كل من الحكومة والاقتصاد معاً، ومعالجة جميع ما قد يطرأ من خلافات).

فقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم (١٣٦) في ١٤٠٨/٦/١٣هـ بالموافقة على عقد الأشغال العامة الموحد تسهيلاً للإجراءات وضبطاً للأحكام والنصوص التي يتعين مراعاتها والتقيد بها في مثل هذه العقود.

حيث نصت المادة الأولى على: (إن الغرض من هذا العقد هو القيام بـ- ويذكر وصف موجز للمشروع أو الأعمال الإنشائية المراد التعاقد بشأنها- ويشمل ذلك تقديم المواد والمعدات والعمل وجميع الأشياء اللازمة لتنفيذ وإتمام وصيانة الأعمال المبينة في العقد، وكذلك الأعمال المؤقتة والإضافية والتكميلية والتعديلات التي يطلب صاحب العمل من المقاول القيام بها وفقاً لشروط العقد ووثائقه).

وبين النظام أن المقصود بصاحب العمل؛ الوزارة أو الجهة الإدارية التي دعت إلى تقديم العطاءات لتنفيذ الأعمال، وأن المقصود بالمقاول؛ الشخص أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين قبل صاحب العمل عطاءهم، ويشمل ذلك ممثليهم وخلفهم ومن يحل محلهم بموافقة الإدارة[١].

و لم ينص النظام السعودي على تعريف عقد الأشغال العامة، وإنما اكتفى ببيان الغرض من العقد ووثائق العقد ومدته ومدة ضمان الأعمال وغيرها من الأمور التنظيمية لهذا العقد.

وبالنظر في هذه المواد نجد أن المنظم السعودي لم يخرج عن تعريف عقد الأشغال في الأنظمة الأخرى، ولذا فإن شراح النظام السعودي يعرفون هذا العقد بما نصت عليه الأنظمة العربية مثل مصر[٢]، وسوريا[٣]، وليبيا[٤]، والعراق[٥]، حيث عرفت عقد الأشغال بصفة عامة بأنه : (عقد يتعهد فيه المقاول بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر، وهو صاحب العمل).

---

(١) انظر قرار مجلس الوزراء رقم (١٣٦) في ١٤٠٨/٦/١٣هـ.

(٢) المادة (٦٤٦) من النظام المدني المصري.

(٣) المادة (٦١٢) من النظام المدني السوري.

(٤) المادة (٦٤٥) من النظام المدني الليبي.

(٥) المادة (٨٦٤) من النظام المدني العراقي.

وعرف بأنه: (عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة بالعقد)[1].

وعرفته محكمة القضاء الإداري[2] بأنه: (عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل لمن يحدد في العقد).

ومن خلال ما سبق من التعاريف نجد أنه لابد من توافر ثلاثة عناصر لعقد الأشغال العامة وهي:

١- أن ينصب موضوع العقد على عقار : وهذا يعني استبعاد العقود التي يتضمن موضوعها منقولات تملكها الإدارة من نطاق عقود الأشغال العامة مهما بلغت ضخامة

---

(١) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص ١٢٢، مرجع سابق، وانظر: البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، ص ٧٣، مرجع سابق، وانظر: خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٥٧، مرجع سابق، وانظر : المطوع، سالم بن صالح، العقود الإدارية على ضوء نظام المناقصات والمشتريات السعودي، ص٢٥، مطبعة الترجمي، الطبعة الثانية ١٤٢٩هـ.

(٢) في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦م، نقلاً من سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص١٢٢، مرجع سابق.

المنقول، حتى لو كانت عقوداً إدارية، وتشمل عقود الأشغال العامة؛ أعمال البناء والترميم والصيانة الواردة على عقار، وكذلك بناء الجسور وتعبيد الطرق، وما إلى ذلك.

غير أن القضاء الإداري الفرنسي توسع في فكرة الأشغال العامة فأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة، مثل أعمال التنظيف والرش في الطرق العامة ونقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل[١].

وفي النظام السعودي فرق بين عقد الأشغال العامة وعقد التشغيل والصيانة والنظافة، ووضع لكل عقد نموذجاً خاصاً به وإن كان عقد التشغيل والصيانة والنظافة يرد على عقار إلا أن النظام السعودي وضع له تنظيماً خاصاً[٢].

٢- أن يكون العمل لحساب شخص معنوي:

أي يجب أن تكون الأعمال المنصبة على العقار لحساب شخص معنوي عام سواء كان العقار مملوكاً للشخص العام أو كان عقاراً خاصاً إذا كان للشخص المعنوي العام إشرافاً مباشراً عليه، أو يؤول إليه في نهاية مدة معينة[٣].

---

(١) الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص١٢٣، ١٢٤، مرجع سابق.

(٢) انظر: المطوع، سالم صالح، العقود الإدارية، ص٢٧، مرجع سابق.

(٣) انظر: الطماوي، سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص١٢٤، مرجع سابق.

فإذا قام شخص معنوي عام باستحجار عقاراً لتشغيله، ثم أراد صيانته أو ترميمه وتعاقد مع فرد أو شركة للقيام بأعمال الصيانة أو الترميم، فإن هذا العقد من عقود الأشغال العامة، وإن كان العقار غير مملوكاً له إلا أن آثار العقد سوف تنصرف إليه[١].

٣- أن يحقق العقد منفعة عامة:

يجب أن يكون الهدف من عقود الأشغال العامة تحقيق مصلحة عامة أو نفع عام[٢]، يعود على مستخدميه بالفائدة، ويلبي احتياجاتهم ومتطلباتهم.

ثانياً: التعريف بعقود الأشغال العامة[٣] في الفقه الإسلامي:

أولاً: التعريف بالأشغال العامة في اللغة:

الأشغال جمع ومفردها شغل، وفيه أربع لغات: شُغْلٌ، شُغُلٌ، شَغْلٌ، شَغَلٌ[٤]، والشغل: ضد الفراغ، وجمعه: أشغال وشغول وَشَغَلَهُ كمَنَعَهُ[٥].

---

(١) انظر: حليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٥٩، مرجع سابق.

(٢) انظر: البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، ص٧٦، مرجع سابق.

(٣) كلمة (عقد الأشغال العامة) مركب إضافي من كلمتين "عقد" و "أشغال"، وقد عرفت بكلمة العقد في اللغة والاصطلاح في التمهيد ص ٣٨،٣٧، ٣٩، وسوف اقتصر على تعريف كلمة الأشغال.

(٤) الطالقاني، إسماعيل بن عباد، المحيط في اللغة، حـ٤ ص٥٤٠، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، تحقيق: الشيخ محمد حسن.

(٥) الفيروزبادي، محمد يعقوب، القاموس المحيط، حـ١ ص١٣١٧، مرجع سابق.

وشغل الدار شغلاً سكنها، وشغل فلاناً عن الشيء لهاه وصرفه، وشغل عنه بكذا؛ تلهى به، واشتغل بكذا عمل وتلهى به عن غيره، واشتغل الدواء في جسمه؛ سرى ونجع.

ومنه الشغال؛ أي كثير الشغل ومن يقوم بأي عمل من أنواع العمل غير الصناعي مثل:(شغالة الزراعة).

والشغل يطلق على العمل فيقال: شغل شاق، وعلى من يعمل فيقال: شغل جيد[1]

وبناء على ما سبق فإن معنى الشغل يأتي بعدة معاني منه :

١. النهي عن الشيء والصرف عنه .

٢. التلهي بالشيء

٣. العمل

والمعنى المقصود من المعاني السابقة والذي يتفق مع البحث هو المعنى الثالث لأن عقد الأشغال يتضمن أعمال معينه .

والعامة: ضد الخاصة، وعم الشيء يعم بالضم عموماً؛ أي شمل الجماعة. يقال عمهم بالعطية[2]أي شملهم جميعاً .

---

(١) إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، جـ١ ص٤٨٦، مرجع سابق.

(٢) الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، جـ١ ص١٩١، مرجع سابق.

وقيل العامة من الناس خلاف الخاصة وجمعه عوام، ويقال جاء القوم عامة جميعاً، والعامي المنسوب إلى العامة، ومن الكلام ما نطق به العامة على غير سنن الكلام العربي[١].

والمقصود بالعامة في عقد الأشغال العامة ، العقد الذي يعود على الجميع بالنفع

ثانياً : التعريف بعقود الأشغال العامة في الاصطلاح:

عالج الفقهاء رحمهم الله عقود الأشغال العامة تحت ما يسمى بالأجير المشترك، ولذا سوف أعرض تعريف الأجير المشترك عندهم فيما يلي:

عرف الحنفية الأجير المشترك بأنه من يعمل لغير واحد. [٢]

وقيل الأجير المشترك من يكون عقده وارداً على عمل معلوم [٣]، ويؤيد ذلك ما ذكره المرغيناني[٤] : (فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل كالصباغ)[٥].

والفرق بين التعريفين؛ أن التعريف الأول للأجير المشترك نظر إلى عمله عنه أكثر من واحد، وفي الثاني نظر إلى العمل وأثره.

---

(١) إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، جـ٢ ص٦٢٩، مرجع سابق.

(٢) انظر: ابن نجيم ، البحر الرائق، جـ٨ ص٣٠، مرجع سابق.

(٣) الزيلعي، تبيين الحقائق، جـ٥ ص١٣٣، مرجع سابق.

(٤) المرغيناني: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين: من أكابر فقهاء الحنفية، نسبته إلى مرغينان من نواحي فرغانة، كان حافظاً مفسراً محققاً أديباً من المجتهدين، له بداية المبتدي، والهداية شرح البداية، ومنتقى الفروع. توفي سنة ٥٩٣هـ. انظر: الزركلي، الأعلام، جـ٤ ص٢٦٦، مرجع سابق..

(٥) المرغيناني، علي بن أبي بكر، بداية المبتدي، جـ١ ص ١٩٠، مكتبة ومطبعة محمد علي ، القاهرة.

وعرف المالكية الأجير المشترك: بأنه من ليس في عيالة من استأجره مثل الصناع[١].

وعرف الشافعية الأجير المشترك بأنه: (من التزم عملاً في ذمته كعادة الخياطين)[٢] و قيل: (هو الذي يكون عمله في يد نفسه لمستأجره مع عمله لمستأجر آخر كالقصابين والخياطين في حوانيتهم)[٣].

والفرق بين التعريفين أن الأجير المشترك في التعريف الأول من التزم بعمل سواء كان لواحد أو أكثر من واحد، في حين أن التعريف الثاني قصر الأجير المشترك على من التزم بعمل لواحد مع قيامه بعمل لآخر.

وعرف الحنابلة الأجير المشترك بأنه: (من قدر نفعه بالعمل كخياطة ثوب وبناء حائط)[٤].

---

(١) انظر: المغربي، محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لمختصر خليل، جـ٦ ص١٥٦، مرجع سابق، وانظر: القرافي، أحمد بن إدريس، الذخيرة، جـ١٠ ص٢٥٩، مرجع سابق.

(٢) الغمراوي، محمد الزهري، السراج الوهاج على متن المنهاج، جـ ١ ص٢٩٤، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، والنووي، يحيى بن شرف، تحرير ألفاظ التنبيه، جـ١ ص ٢٢٤، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ تحقيق: عبد الغني الدقر.

(٣) الماوردي، علي بن محمد، الحاوي الكبير في فقه الشافعي، جـ ٧ ص ٤٢٥، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

(٤) البهوتي: منصور بن يونس، الروض المربع شرح زاد المستقنع ، جـ١ ص٢٧٠، مرجع سابق.

وقيل: (عقد على منفعة في الذمة مضبوطة بصفات السلم كخياطة ثوب وبناء دار وحمل إلى موضع معين، ولا يكون الأجير فيها إلا آدمياً جائز التصرف، و يسمى الأجير المشترك)[1].

والفرق بين التعريفين أن التعريف الأول عرف الأجير المشترك لذاته في حين أن التعريف الثاني عرف عقد الأجير المشترك، وهذا هو التعريف المقصود لأنه عرف عقد الأجير المشترك. في حين أن جميع التعاريف السابقة عرفت الأجير المشترك في ذاته،وهذا التعريف يتفق مع تعريف عقد الأشغال العامة في النظام.

ومن خلال ما سبق نجد التطابق بين تعريف عقد الأشغال العامة في النظام السعودي وتعريف عقد الأجير المشترك، فإن كلاً منهما عقد عمل في الذمة مضبوط بأوصاف معينة محددة في العقد. في حين أن النظام السعودي خص عقد الأشغال العامة بالعقد الذي يبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، ولابد أن يكون محل العقد عقار ، ويحقق مصلحة عامة

وعقد الأجير المشترك في الفقه أعم؛ حيث يشمل أي متعاقدين سواء كان جهة الإدارة أو غيرها، على عقار أو غيره ، ولا يشترط فيه أن يحقق مصلحة عامة.

---

(١) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المقنع وابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير، ومعهما: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلي بن سليمان المرداوي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، جـ١٤ ص٣٧٥، دار هجر للطباعة والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

المطلب الأول: التحكيم في عقود الأشغال العامة في النظام السعودي.

سوف أقوم في هذا المطلب إن شاء الله تعالى بعرض قضية تحكيمية في عقد من عقود الأشغال العامة في النظام السعودي، ثم أقوم بدراسة القضية وتحليلها على ضوء الدراسة النظرية السابقة.

نظر ديوان المظالم القضية رقم ٢٣٥/ق/٢/١٤١٦هـ المقدمة من شركة (أو جيم بي ني) الهولندية ضد جامعة الملك عبد العزيز [١].

وتتلخص وقائعها في أن شركة (أو جيم بي ني)الهولندية تعاقدت مع جامعة الملك عبد العزيز على تصميم وتنفيذ المرافق المؤقتة جاهزة التركيب .

وقد نص العقد المبرم بينهما أنه في حالة حدوث نزاع أو خلاف بينهما ، فإنه يحل عن طريق التحكيم ، وفي أثناء تنفيذ العقد وقع خلاف بينهما ، فاتفق الطرفان على حله عن طريق التحكيم ، وتم اختيار هيئة تحكيمية للفصل في النزاع وانتهت إلى :

أولاً: أن تدفع جامعة الملك عبد العزيز لشركة (أو جيم بي ني)كامل المبلغ الذي تم الاتفاق عليه .

ثانياً:أن تفرج جامعة الملك عبد العزيز عن الضمانات البنكية المقدمة من شركة (أو جيم بي ني) .

---

(١) انظر القضية ، الخضير ، خالد عبد الله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ص ٣٦٢ وما بعدها ، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون ، لعام ١٤٢٩هـ

ثالثاً: أن تقدم الجامعة إلى وزارة المالية طلباً لإعفاء الشركة الهولندية من غرامات التأخير.

قامت جامعة الملك عبد العزيز بدفع جزء من المبلغ وامتنعت عن دفع بقية المبلغ ، تقدمت الشركة الهولندية بدعوى إلى ديوان المظالم تطالب فيه بدفع كامل المبلغ الذي حكمت به الهيئة التحكيمية ، استناداً إلى أن قرارات هيئة التحكيم قضائية واجبة التنفيذ .

أحال ديوان المظالم دعوى الشركة الهولندية إلى الدائرة التاسعة ، وقامت باستدعاء جامعة الملك عبد العزيز للجواب على دعوى الشركة الهولندية ، وردت الجامعة على الدعوى بعدة أجوبة ما يعنينا منها ما دفعت به بما قررته: "أنه على التسليم بما قررته لجنة التحكيم فإن اللجوء إلى التحكيم في منازعة هذا العقد أمر غير نظامي؛ لأن المختص في نظر هذه المنازعة هو ديوان المظالم بمقتضى قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ الذي نص على أنه: "لا يجوز لأي جهة حكومية أن تقبل التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشب بينها وبين أي فرد أو شركة أو هيئة خاصة"، وكذلك الفقرة (ب) من ذات القرار التي نصت على أنه: "في الحالات التي تتضمن العقود التي تبرمها أي وزارة نصوصاً تخالف نظام المشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، أن يحال العقد إلى ديوان المظالم للبت فيه بما يحقق العدالة".

بعد دراسة الدعوى من قبل الدائرة رأت[١] أن لجوء الجامعة إلى التحكيم واشتراطه والموافقة عليه في هذا العقد أمر غير نظامي لمخالفته قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ .

وانتهت[٢] إلى أن الواجب الأخذ بقرار التحكيم؛ لأن الأصل الشرعي الوفاء بالعقود لقوله تعالى: {يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود}[٣]، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم)[٤].

وأن شرط التحكيم الذي بينهما شرط صحيح ويجب الوفاء به ، وأن للجهة الإدارية الرجوع إلى المتسبب في مخالفة النظام من منسوبيها[٥].

وأن حكم المحكم ملزم في الأموال ديانة وقضاء ، ولا ينقض حكمه إلا بما ينقض به حكم القاضي[٦].

---

(١) الحكم رقم ٣٢/د/أ/٩ لعام ١٤١٩هـ حكم غير منشور، نقلاً من الحضير ، خالد عبدالله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ص ٣٦٤

(٢) الحكم رقم ٢/د/أ/٩ لعام ١٤٢٠هـ حكم غير منشور. نقلاً من الحضير ، خالد عبدالله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ص ٣٦٤، مرجع سابق.

(٣) سورة المائدة، آية رقم (١).

(٤) سبق تخريجه ص ٩٠

(٥) الحكم رقم ٢/د/ أ/ ٩ لعام ١٤٢٠هـ حكم غير منشور.المرجع السابق ، ص ٣٦٤

(٦) الحكم السابق، والحكم رقم ٢٩/د/أ/٩ لعام ١٤٢٠هـ حكم غير منشور. المرجع السابق ، ص ٣٦٤

وأصدرت حكمها بأن على جامعة الملك عبد العزيز دفع كامل المبلغ للشركة الهولندية .

تم اعتراض جامعة الملك عبد العزيز على حكم الدائرة التاسعة ، ورفعت الأوراق إلى هيئة التدقيق (الدائرة الأولى) [١].

وحكمت بنقض حكم الدائرة التاسعة رقم ١٢ لعام ١٤٢١هـ ورفض دعوى المدعية بجميع طلباتها [٢].

على أساس أن التحكيم في العقود الإدارية ممنوعاً بناءاً على قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ ولا يوجد ما يقيد هذا القرار أو يخصصه .

---

(١) الأحكام رقم ١٨/ت/١/١٤١٩هـ ورقم ١٠٢/ت/١/١٤٢٢هـ ورقم ١٣٨/ت/١/١٤٢٠هـ أحكام غير منشورة ، المرجع السابق ، ص ٣٦٥

(٢) حكم هيئة التدقيق رقم ١٠٢/ت/١/لعام ١٤٢هـ حكم غير منشور،المرجع السابق ، ص ٣٦٥

دراسة القضية وتحليلها على ضوء الدراسة النظرية

أولاً: يعتبر هذا العقد عقداً من عقود الأشغال العامة الإدارية لاشتماله على عناصر عقد الأشغال العامة على النحو التالي:

١. ينصب موضوع العقد بين شركة (أو جيم بي بي) الهولندية وجامعة الملك عبد العزيز على عقار حيث تضمن العقد تصميم وتنفيذ المرافق المؤقتة جاهزة التركيب لجامعة الملك عبد العزيز.

٢. تضمن العقد العمل لشخص معنوي عام ممثل في جامعة الملك عبد العزيز والتي تعتبر جهة إدارية عامة.

٣. المقصود من العقد تحقيق منفعة عامة تمثلت في إنشاء مرافق جاهزة التركيب للجامعة تزيد من قدرتها التعليمية وأداء رسالتها كما ينبغي للمجتمع.

ثانياً: رأت الدائرة الإدارية التاسعة أن لجوء الجامعة إلى التحكيم واشتراطه والموافقة عليه مخالفاً لقرار مجلس الوزراء رقم (٨٥) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ ،وانتهت بإلزام الطرفين بالأخذ بقرار هيئة التحكيم بناءاً على الأصل الشرعي الذي يقوم على وجوب الوفاء بالعقود وعلى جواز التحكيم وعلى الإلزام بحكم المحكمين في الأموال ديانة وقضاء.

وبعد عرض ما انتهت إليه الدائرة التاسعة الإدارية يمكن ملاحظة ما يلي:

١. بناء الدائرة التاسعة قرارها على عدم صحة لجوء الجامعة إلى التحكيم واشتراطه والموافقة عليه بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم (٨٥) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ غير صحيح؛ لأن هذا القرار قد ألغي بصدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ في ١٤٠٣/٧/١٢هـ؛ حيث تضمنت المادة الثالثة منه على أنه: (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم).

٢. بناءً على المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي فإن الأصل في التحكيم في العقود الإدارية هو الجواز كما بينا سابقاً[1].

٣. وجه إلغاء القرار رقم (٨٥) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ بصدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ في ١٤٠٣/٧/١٢هـ هو القواعد النظامية المنظمة لمصادر النظام في المملكة والتي تعتبر الأنظمة الأساسية [2] أعلى مراتب التنظيم، ويليها الأنظمة

---

(١) انظر: ص ١١١ من هذا البحث.

(٢) الأنظمة الأساسية في المملكة تتضمن الشريعة الإسلامية والنظام الأساسي للحكم ونظام مجلس الشورى ومجلس الوزراء

العادية والمتمثلة في المراسيم الملكية، ويليها الأنظمة الفرعية المتمثلة في اللوائح[١] والتي يصدرها مجلس الوزراء أو الوزير المختص بناءاً على تفويض من مجلس الوزراء[٢].

ويقتضي هذا التدرج مراعاة الترتيب بحيث لا يخالف الأدنى الأعلى، فالأنظمة الفرعية لا ينبغي لها أن تخالف الأنظمة العادية، كما لا ينبغي أن تخالف هذه الأنظمة القواعد العامة للأنظمة الأساسية[٣]، وعند مخالفة القاعدة الأدنى للقاعدة التي تعلوها وجب تغليب واحترام القاعدة الأعلى وإهدار ما يتعارض معها من الأنظمة التي تدنوها درجة [٤]، والقرار رقم (٨٥) يخالف نص المادة الثالثة من نظام التحكيم فيلغى بناءاً على ما سبق.

ثالثاً: تأكيد ما انتهت إليه الدائرة التاسعة من الإلزام بقرار هيئة التحكيم، لأنها بنت الحكم على الأصول الشرعية وهي مصادر أصلية للأنظمة في المملكة، إلا أنه ينبغي أن تضيف كذا موافقة النظام السعودي لذلك بذكر نص المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي.

---

(١) اللوائح تعرف بأنها:(مجموعة القواعد النظامية التي تصدرها السلطة التنفيذية مراعية في ذلك اختصاصها وحدودها، وتمارسها في هذا الصدد عن طريق القرارات سواء كان صدورها من مجلس الوزراء أو من الوزير المختص) انظر: قرار مجلس الوزراء رقم ٧٤٦ في ١٣٨٩/٤/٢٣هـ.

(٢) انظر: عمران، محمد عمران وعمر أبو بكر، وغوهم، المقدمة في دراسة الأنظمة، ص ١٠٨، ١٠٩، دار حافظ، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

(٣) المادة رقم (٤٤) من النظام الأساسي للحكم الصادر بالأمر الملكي رقم أ/ ٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ والتي تنص على أن: (تتكون السلطات في الدولة من السلطة القضائية، والسلطة التنفيذية، والسلطة التنظيمية، وتتعاون هذه السلطات في أداء وظائفها وفقاً لهذا النظام وغيره من الأنظمة، والملك هو مرجع هذه السلطات).

(٤) أنظر : عمران ، محمد عمران وعمر أبو بكر ، وغوهم ، المقدمة في دراسة الأنظمة ، ص ١١٠،مرجع سابق

رابعاً: بعد الاعتراض على الحكم السابق رفعت الأوراق إلى هيئة التدقيق وحكمت بعدم صحة التحكيم بناءً على القرار رقم (٨٥) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ.

وفيما سبق وضحت أن القرار رقم (٨٥) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ يعتبر ملغياً بصدور نظام التحكيم السعودي رقم م/٤٦ في ١٤٠٣/٧/١٢هـ وفقاً للقواعد التنظيمية لأنظمة المملكة، وبهذا لا يصح أن يبنا عليه الحكم لبطلانه.

وتبقى مسألة؛ وهي عدم أخذ جامعة الملك عبد العزيز الموافقة على التحكيم من رئيس مجلس الوزراء وفقاً للمادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي، وهل عدم أخذ الإذن يؤثر في صحة التحكيم؟

المسئول عن أخذ الموافقة على التحكيم هي الجهة الإدارية المتمثلة في هذا العقد في جامعة الملك عبد العزيز، دون الجهة المتعاقدة معها. فإذا أبرم عقد التحكيم دون أخذ الموافقة فإن ذلك لا يترتب عليه بطلان عقد التحكيم، فخطأ جهة الإدارة لا يرقى إلى إبطال عقد التحكيم، وإنما يمثل خطأ بحقها[1].

وهذا ما يفهم من نص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة؛ حيث نصت على أنه: (في المنازعات التي تكون جهات حكومية طرفاً فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في

---

(١) انظر: عمر، حمدي علي، التحكيم في عقود الإدارة دراسة مقارنة، ص ١٣٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

هذا النزاع مبيناً فيها موضوعه ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم، ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عن طريق التحكيم، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها)؛ حيث أوجبت على جهة الإدارة رفع طلب التحكيم، دون المتعاقد معها ولهذا تكون هي وحدها المسئولة عن عدم أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم، ويبقى التحكيم على أصله وهو الجواز[1].

وبعد دراسة هذه القضية وما انتهت إليه هيئة التدقيق ، أرى أن ما انتهت إليه فيه نظر حيث كان من الواجب عليها تأييد حكم الدائرة التاسعة لموافقته الأصول الشرعية والأنظمة المرعية في المملكة ، والرجوع على الجهة الإدارية المتمثلة في جامعة الملك عبدالعزيز فيما ترتب على قرارها من آثار بقبول التحكيم دون أخذ الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء ، حق لا يفقد المتعاقد الأخير ثقته بالجهات الإدارية بالمملكة مما يؤثر على حجم العلاقات التجارية بين المملكة وغيرها.

كما يؤخذ على هيئة التدقيق اعتمادها على قرار مجلس الوزراء رقم (٨٥) وتاريخ ١٧/ ١/ ١٣٨٣هـ المخالف لنظام التحكيم رقم م/ ٤٦ في ١٢/ ٧/ ١٤٠٣هـ كما بينا .

---

(١) وفي المسألة تفصيل سوف أبينه عند الحديث عن شرط الموافقة الأولية

كما أنه يجب على المنظم السعودي أن يبين وجهة نظره بصورة واضحة في حالة موافقة الجهة الإدارية على التحكيم دون أخذ الموافقة الأولية من رئيس مجلس الوزراء على التحكيم، حتى لا يلتبس الأمر على المتعاقد الأجنبي مع الجهة الإدارية .

المطلب الثاني: التحكيم في عقود الأشغال العامة في الفقه الإسلامي.

سبق أن عرفنا أن الفقهاء رحمهم الله لم يتعرضوا إلى مصطلح عقود الأشغال العامة، لحداثة هذا المصطلح، ولكن لسعة الفقه وصلاحيته لكل زمان ومكان نجد أن هذه العقود تدخل ضمن ما يعرف عند الفقهاء رحمهم الله بالأجر المشترك.

وعرفنا فيما سبق أن عقد الأشغال العامة في النظام عبارة عن عقد مقاولة بين الجهة الإدارية وطرف آخر للقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي ، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد

وقد تحدث الفقهاء المعاصرون عن عقد المقاولة وتكييفه ، وليس الحديث عن هذا العقد ، ولكن لكي يتبين موقف الفقه الإسلامي من التحكيم في هذا العقد فسوف أبين ماهيته وتكييفه باختصار ، لأن عقد الأشغال العامة صورة مخصوصة منه .

عرف مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشر بالدوحة في الفترة ٨ـ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ ، الموافق ١١ـ ١٦ يناير ٢٠٠٣م عقد المقاولة بأنه :(عقد يتعهد أحد أطرافه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر)[1].

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٢٩(١٤/٣) المنعقد في الدوحة سنة ١٤٢٣هـ

وبدل التعريف على أن المقاولة عقد معاوضة رضائي يلتزم فيه المقاول بصناعة شيء أو أداء عمل ويتعهد الطرف الآخر بدفع بدل يتفقان عليه. (١).

وعليه فإن عقد الأشغال العامة من عقود المعاوضة ،وهي عقود أتفق الفقهاء على جواز التحكيم فيها كما بينا سابقاً (٢).

ويكيف عقد المقاولة على أنه عقد استصناع إذا قدم المقاول العمل والمادة وعقد إجارة على عمل (أجير مشترك) إذا قدم المقاول العمل فقط ،وهما عقدان جائزان من عقود المعاوضة ،لوجود العوض فيهما ويجوز التحكيم فيهما كما بينا سابقاً

والأصل عند حدوث نزاع بين الأجير المشترك وبين المستأجر إذا كان حاكماً أن يُنظر من قبل ديوان المظالم؛ لأنها هي الجهة المختصة بالفصل في مظالم الرعية ضد الحاكم(٣).

كما أجاز الفقهاء رحمهم الله للأجير المشترك والمستأجر سواء كان حاكماً أو شخصاً آخر عند حدوث منازعة اللجوء إلى تحكيم شخص آخر بدون استثناء أو قيد، كما بينا في الحديث عن حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

---

(١) انظر : الزحيلي ، وهبه الزحيلي ، عقد المقاولة ، بحث نشر على موقع الشيخ على الشبكة العنكبوتية ، http://www.zuhayli.net والنشمي ،محمد حاسم النشمي ، عقد المقاولة بحث نشر على موقع الشيخ على الشبكة العنكبوتية ، http://www.dr-nashmi.com

(٢) انظر: ص ١١٥ وما بعدها من هذا البحث .

(٣) انظر: الماوردي ، محمد علي ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، ص١٠٧ ، مرجع سابق .

المطلب الثالث: المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي:

أولاً: من خلال ما سبق نجد أن عقد الأشغال العامة يدخل ضمن عقد الأجير المشترك في الفقه الإسلامي إلا أن النظام السعودي خص عقد الأشغال بخصائص تزيد عن عقد الأجير المشترك وهي:

١. اشترط النظام السعودي في عقد الأشغال العامة أن ينصب على عقار في حين أن عقد الأجير المشترك لا يشترط ذلك.

٢. اشترط النظام السعودي في عقد الأشغال العامة أن يكون أحد أطرافه الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية، و لم يشترط ذلك في عقد الأجير المشترك؛ فقد يكون العقد بين فردين من أفراد الدولة، أو بين فرد وجهة إداريه.

٣. اشترط النظام السعودي في عقد الأشغال العامة أن يحقق منفعة عامة، و لم يشترط ذلك في عقد الأجير المشترك، فقد يعمل الأجير المشترك لحساب الحاكم أو لمصلحة عامة للدولة.

ثانياً: يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على أن الأصل جواز التحكيم في عقد الأشغال العامة وعقد الأجير المشترك.

ثالثاً: يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي في التحكيم في عقود الأشغال العامة في اشتراط الموافقة من الإمام، فالنظام السعودي يشترط حصول الموافقة على التحكيم من رئيس مجلس الوزراء في هذا العقد في حين أن الفقه لا يشترطها.

المبحث الثاني

التحكيم في عقود البوت (B.O.T) في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه تمهيد، وثلاثة مطالب:

تمهيد: في التعريف بعقود البوت (B.O.T) في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المطلب الأول: التحكيم في عقود البوت (B.O.T) في النظام السعودي.

المطلب الثاني: التحكيم في عقود البوت (B.O.T) في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

تمهيد: في التعريف بعقود البوت (B.O.T) في النظام السعودي والفقه الإسلامي:

أولاً: التعريف بعقود البوت (B.O.T) في النظام السعودي:

مصطلح (B.O.T) اختصار للمصطلح الإنجليزي Build Operate Transfer حيث يشير الحرف (B) إلى كلمة (Build) وهي بمعنى يبني أو يشيد أو يقيم مشروع، والحرف (O) إلى كلمة (Operate) وهي بمعنى يشغل أو يدير، والمقصود تشغيل المشروع الذي تم إنشاؤه، والحرف (T) إلى كلمة (Transfer) وهي بمعنى ينقل أو يعيد؛ والمقصود إعادة المشروع إلى الدولة أو أحد أشخاص النظام العام والذي يمثل الطرف الثاني في العقد[1].

فيكون معنى عقد البوت (عقد البناء والتشغيل والإعادة)، وهذا النوع من العقود عادة ما يجري فيها التعاقد على مشاريع البنية التحتية، وبعد الانتهاء منه وإتمامه يحول إلى الحكومة في نهاية العقد، ويصبح ملكاً لها على أن تستفيد الشركة المنفذة للمشروع من عائدات المشروع لمدة طويلة غالباً، تعيد فيها تكلفتها على المشروع وأرباحاً إضافية.

---

(١) انظر: حجازي، عبد الفتاح يومي، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، ص ١١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨م، وانظر: نجيت، أحمد محمد، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، ص١٤، بحث مقدم لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشر في دولة الإمارات، لعام ١٤٣٠هـ .

على أن اللجوء إليها في إقامة مشروعات البنية التحتية لا يرتبط بالدول النامية فقط بل وسيلة تلجأ إليها الدول الصناعية الكبرى نظراً لمزاياه الاقتصادية الكثيرة التي منها:

١. تحقيق التنمية الاقتصادية في الدولة.

٢. التقليل من الإنفاق الحكومي على هذه المشاريع، وتوجيه مواردها إلى قطاعات أخرى أكثر أهمية[١].

ويمكن وصف عقد البوت(B.O.T) في النظام السعودي بأنه:

عقد بموجبه يقوم المتعاقد مع الجهة الإدارية بتمويل وإنشاء مرفق عام واستغلاله مدة معينة وتطويره أثناء الاستغلال ورده صالحاً للتشغيل وبحالة جيدة لجهة الإدارة عند نهاية المدة[٢].

ثانياً: التعريف بعقود البوت (B.O.T) في الفقه الإسلامي:

أولاً : التعريف بعقود البوت (B.O.T) في اللغة :

---

(١) انظر: نصار، جابر جاد، العقود الإدارية، ص٩٣، مرجع سابق.

(٢) انظر: المطوع، سالم بن صالح، العقود الإدارية، ص١٨، مرجع سابق.

سبق الإشارة إلى أن مصطلح (B.O.T) اختصار للمصطلح الإنجليزي (Build Operate Transfer) ويعني (عقد البناء والتشغيل والإعادة)، وبذلك يكون هذا العقد مكون من ثلاثة كلمات سوف أبين معانيها في اللغة على النحو التالي:

البناء: يقصد به المبنى وجمعه أبنية وفعله (بنى) ومنه بنى الشيء بنياً وبناءً وبنياناً؛ أي أقام جداره ونحوه، يقال بنى السفينة، وبنى الخباء، واستعمل مجازاً في معان كثيرة تدور حول التأسيس والتنمية، يقال: بنى بمجده، وبنى الرجال، وبنى الطعام جسمه، وبنى على كلامه احتفاء واعتمد عليه، وبنى بزوجته وبنى عليها؛ أي دخل بها، وبنى الكلمة؛ أي ألزمها حالة واحدة[1]، ومنها (البنى) وهو نقيض الهدم بناه يبنيه بنياً، والبنية بالضم والكسر (ما بنيته)، وتكون البناية في الشرف، وأبنيته: أعطيته بناء أو ما يبنى به داراً[2].

ومما سبق يتضح أن معنى البناء في اللغة يأتي بعدة معاني منها:

١. إقامة الشيء بحسب طبيعته بناءً حسياً؛ مثل بناء الجدران، والسفينة، والخباء.

٢. التأسيس والتنمية؛ وهي من المعاني المجازية للبناء ومنها: بنى المجد، والرجال، والشرف، وغيرها...

٣. الاعتماد على الشيء والدخول فيه.

٤. وتستعمل في اللغة العربية بمعنى لزوم الكلمة حالة واحدة في الإعراب.

---

(١) انظر: إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، جـ١ ص٧٢، مرجع سابق.

(٢) انظر: الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، جـ١ ص١٦٣٢، مرجع سابق.

والمعنى المقصود من هذه المعاني والذي يتفق مع البحث هو المعنى الأول؛ حيث لا يقصد بكلمة البناء المعنى الحرفي بل المقصود إقامة مشروع حسب طبيعته سواء كان بناءً أو شق قناة، أو إقامة جسر، أو إنشاء طريق، أو غير ذلك.

التشغيل: تأتي بعده معان سبق بيانها عند تعريف عقد الأشغال العامة في اللغة[1]، والمعنى الذي يتفق مع البحث، معنى العمل في الشيء، والمتابعة له، والمتمثلة في أعمال الصيانة للمشروع.

الإعادة: وهي مصدر أعاد يعيد إعادة، وفعلها: يعيد الشيء؛ بمعنى كرره، وأعاد الشيء إلى مكانه أرجعه، ويقال: فلان ما يعيد وما يبدئ لم تكن له حيلة، ورأيت فلاناً ما يبدئ وما يعيد ما يتكلم ببادئة ولا عائدة[2].

والمعنى المقصود من هذه المعاني والذي يتفق مع البحث هو إرجاع الشيء إلى مكانه؛ لأن الشركة المتعاقدة مع الجهة الإدارية في هذا العقد تعيد المشروع إلى الجهة الإدارية بعد انتهاء مدة العقد لتقوم بتشغيله والاستفادة منه لصالحها، لأنها هي المالكة له في الأصل.

---

(١) انظر: ص ١٣٣، ١٣٤ من هذا البحث.

(٢) انظر: إبراهيم مصطفى وغيره، المعجم الوسيط، جـ٢ ص٦٣٥، مرجع سابق.

فيكون المعنى العام للبوت (B.O.T) في اللغة :

بناء الشيء بحسب طبيعته ومتابعته والقيام على صيانته والإشراف عليه وإرجاعه بعد الاستفادة منه .

التعريف بعقود البوت (B.O.T) في الاصطلاح:

لم يتعرض الفقهاء القدامى رحمهم الله لهذا المصطلح، ويعتبر من المصطلحات الحديثة؛ حيث ظهرت فكرة هذه العقود في العصر الحديث.

ومن التعريفات المعاصرة لهذا العقد تعريف مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشر في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادي الأولى ١٤٣٠هـ الموافق ٢٦ إلى ٣٠ نيسان ٢٠٠٩م، والذي نص على أنه يقصد بعقد البناء والتشغيل والإعادة :

(اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها كاملاً، أو حسب الاتفاق خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها)[1].

وتعريف الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان بأنه: (عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها مصاريفه

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٨٢ (١٩/٨)في دورته التاسعة عشر المنعقدة في الشارقة عام ١٤٣٠هـ.

وأرباحه ثم تسليمه لأصحابه دون عوض)[١].

(١) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، بحث بعنوان (عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك)، ص٤، نشر على موقع المسلم www.almoslim.net بتاريخ ١٤٣١/٣/٢٩هـ.

المطلب الأول: التحكيم في عقود البوت (B.O.T) في النظام السعودي.

سوف أقوم في هذا المطلب بعرض قضية تحكيمية في عقد من عقود البوت (B.O.T) في النظام السعودي، ثم أقوم بدراسة القضية وتحليلها على ضوء الدراسة النظرية السابقة.

ففي ٥ صفر ١٣٥٢هـ الموافق ٢٩ مايو ١٩٣٣م أبرمت المملكة العربية السعودية مع Standard Oil Of California اتفاقاً باستغلال البترول يخول هذه الأخيرة امتياز مدته ستون عاماً وذلك في المنطقة الشرقية من المملكة. وإعمالاً لنص المادة (٣٢) من عقد الامتياز المبرم بين الطرفين، تم إنشاء California – Arabian Oil Company (Casoc) والتي تنازلت لها الشركة الموقعة على العقد عن كافة الحقوق والامتيازات الناجمة عن عقد الامتياز. ووافقت الحكومة السعودية على هذا التنازل. ولقد غيرت هذه الشركة (Casoc) في ٦ صفر ١٣٦٣هـ الموافق ٣١ يناير ١٩٤٤م اسمها إلى Arabian American Oil Company (Aramco).

وبالتالي فإن Aramco تتمتع بكافة الحقوق الناجمة عن العقد الموقع في ١٣٥٢هـ الموافق ١٩٣٣م، وأيضاً تتحمل بكافة الالتزامات الناشئة عنه. ولقد تم تعديل هذا العقد في أكثر من مرة بعد المفاوضات بين طرفيه وباتفاقهما.

وفي ١٥ جمادي الأولى ١٣٧٣هـ الموافق ٢٠ يناير ١٩٥٤م أبرمت الحكومة السعودية عقداً مع المليونير أوناسيس منحت فيه لهذا الأخير الحق في أن يؤسس في

السعودية شركة خاصة تحمل اسم شركة ناقلات البحرية السعودية ويطلق عليها Saudi Arabian Maritime Tankers Company Ltd (Satco) وتمتلك هذه الشركة ناقلات بترول تحمل العلم السعودي وتحمل على ناقلاتها ٥٠.٠٠٠ طناً من بترول المملكة ومنتجاتها من موانئ السعودية في الخليج العربي لأي من موانيها على البحر الأحمر.

كما التزمت ساتكو بأن تدفع للحكومة السعودية مبلغاً معيناً عن كل طن يشحن للخارج على ناقلات هذه الشركة علاوة على دفع كافة الرسوم التي تقررها موانئ المملكة، ولقد تضمن العقد الموقع بين السعودية وأوناسيس نصاً يقضي بأن "لشركة Satco حق الأفضلية في شحن البترول ومنتجاته المصدرة عن طريق البحر من السعودية إلى الدول الأجنبية، سواء تم الشحن من موانئ السعودية أو من نهاية خط الأنابيب خارج إقليمها، وسواء تم الشحن بواسطة الشركات صاحبة الامتياز ذاتها، أو الشركات التي تمتلك أصولها، أو المشترين منها".

ولقد رأت شركة أرامكو أن هذا النص الذي طالبت الحكومة السعودية منها احترامه والالتزام به يتعارض مع اتفاق الامتياز الممنوح لها ١٣٥٢هـ/١٩٣٣م، والذي يخولها الحق المطلق في اختيار وسائل النقل الضرورية بما في ذلك النقل على ناقلات بترول أجنبية.

ولحل الخلاف الناشئ بين Aramco والمملكة العربية السعودية اقترحت الحكومة السعودية عرض النزاع على التحكيم. وفعلاً تم إبرام اتفاق التحكيم في ٣٠

جمادي الآخرة ١٣٧٤هـ الموافق ٢٣ فبراير ١٩٥٥م. ولقد نص في المادة الرابعة من اتفاق التحكيم على أن تتولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع طبقاً للنظام في المملكة العربية السعودية، وذلك فيما يتعلق بالمسائل الداخلة في اختصاص المملكة العربية السعودية، وطبقاً للقانون الذي ترى محكمة التحكيم تطبيقه، وذلك بالنسبة للمسائل التي لا تقع داخل إطار اختصاص المملكة العربية السعودية.

وينصرف اصطلاح النظام السعودي المستخدم في هذه المادة إلى القانون الإسلامي تبعاً لتفسير مدرسة الإمام أحمد بن حنبل، المطبق في المملكة العربية فعلاً.

ولقد ذهبت محكمة التحكيم إلى أن تحديد القانون الواجب التطبيق يقتضي تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة القانونية محل المنازعة، وألها وفقاً للمبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص فإن هذه العملية التي تعرف باسم عملية التكييف، يتم الفصل فيها طبقاً لقانون القاضي المطروح أمامه المنازعة. ولما كان المحكم لا يملك تطبيق نظام المحكمة ونظراً للاستثناء المتفق إيراده على خضوع التكييف لقانون القاضي؛ فإن التكييف يخضع لقانون محل وجود المال إذ كانت العلاقة القانونية موضوع المنازعة تتعلق بأموال عقارية. وإعمالاً لذلك فإن محكمة التحكيم لجأت إلى النظام السعودي من أجل تحديد الطبيعة النظامية لامتياز البترول الممنوح بواسطة الحكومة السعودية لتحديد ما إذا كان هذا الامتياز يعد تصرفاً عاماً صادر بالإرادة المنفردة أو عقد عام أو عقد إداري أو عقد من عقود القانون

الخاص،وإعمالاً لقواعد النظام السعودي وطبقاً لنص المادة الرابعة من اتفاق التحكيم؛ التي تقتضي تطبيق أحكام النظام الإسلامي وفقاً لتفسير مدرسة الإمام أحمد بن حنبل.

وانتهت محكمة التحكيم بعد نظرها لوجهة نظر كل من طرفي النزاع ومن نظر الحجج المقدمة من كليهما إلى أن النظام السعودي لا يعرف فكرة القانون العام أو القانون الإداري على النحو السائد في القانون الفرنسي. وأن فقه الإمام أحمد بن حنبل لا يتضمن أي قاعدة محددة تتعلق بالامتيازات المتعلقة بالمعادن ومن باب أولى تلك المتعلقة بالبترول.

ولقد استخلصت المحكمة أيضاً من المذكرات المقدمة من الحكومة السعودية ومن المناقشات الشفوية التي تمت أمامها أن امتياز Aramco يعد عقداً غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة للعقود. ولقد رفضت المحكمة أن تأخذ بوجهة النظر التي أبدتها الحكومة السعودية والتي تذهب إلى أن وجود الدولة كشخص يتمتع بالسيادة طرفاً في العقد يعد عاملاً حاسماً لتحديد الطبيعة القانونية له؛ إلا أن ذلك الرأي لم يجد ما يسنده في النظام الإسلامي، بل على العكس من ذلك، فإن ابن تيمية لا يفرق بين المعاهدات المبرمة بين الدول، وعقود القانون العام أو العقود الإدارية والعقود المدنية أو التجارية. فكل هذه الاتفاقيات تحكمها قاعدة ثابتة واحدة هي قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن المساس به أو التنصل منه[1].

---

(١) انظر: الحماد، حفيظة السيد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدول، ص ٤٨ وما بعدها، مرجع سابق.

٢٣ وبعد أن نظرت هيئة التحكيم في موضوع المنازعة أصدرت قرارها في أغسطس ١٩٥٨م بأن اتفاق الحكومة السعودية مع شركة أوناسيس لا يخل بأي حق مكتسب لشركة أرامكو؛ لأن عقد الامتياز بين المملكة العربية السعودية وشركة أرامكو ليس فيه تقييد لحرية السعودية في اختيار كيفية نقل صادرات النفط.

الدراسة التحليلية على ضوء الدراسة النظرية:

أولاً: يعتبر عقد شركة أرامكو مع المملكة العربية السعودية صورة من عقد البوت (B.O.T)؛ وذلك أن شركة أرامكو تعاقدت مع المملكة على التنقيب عن النفط وإنشاء المصانع لتكريره ومن ثم تصديره وبيعه على أن تقوم بهذه الأعمال لصالحها لمدة ستين سنة ثم بعد ذلك تسلم المشاريع صالحة للمملكة لتقوم باستثمارها لصالحها.

واستمرت شركة أرامكو تتبع للإدارة الأمريكية حتى عام ١٤٠٩هـ الموافق ١٩٨٨م؛ حيث صدر الأمر الملكي القاضي بتأسيس شركة الزيت العربية السعودية (أرامكو السعودية) لتتولى إدارة شركة أرامكو الأمريكية والقيام بجميع المهام الإنتاجية والتشغيلية والتسويقية التي كانت تقوم بها أرامكو الأمريكية[1].

ثانياً: يعتبر عقد البوت (B.O.T) من العقود الإدارية ويخضع لقواعد النظام الإداري عند كثير من شرح الأنظمة وفي النظام السعودي، وذلك لعدة مبررات منها:

١. تعتبر عقود البوت (B.O.T) صورة حديثة لعقود امتياز المرافق العامة، وعقود الامتياز من العقود الإدارية التي تخضع لقواعد النظام الإداري[2].

---

(١) انظر: العسكر، عبد الله إبراهيم، النفط في عهد الملك سعود بن عبد العزيز، ص٨، بحث مقدم لندوة الملك سعود، من ٥-١٤٢٧/١١/٧هـ.

(٢) انظر: بدر، أحمد سلامة، العقود الإدارية وعقود البوت (B.O.T)، ص ٣٨٣، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

٢. تتوفر فيه خصائص العقد الإداري في النظام السعودي؛ حيث أن أحد أطرافه شخصاً من أشخاص النظام العام ويتصل بخدمة مرفق عام[1].

٣. أن موضوع عقد البوت (B.O.T) وأهدافه، تتمثل في خدمة مرفق عام، وضمان سيره بانتظام واطراد، وبالتالي يستحيل أن يطبق عليه قواعد النظام الخاص، وذلك لأن المصلحة العامة مقدمة ومغلبة على المصلحة الفردية.

ثالثاً: انتهت محكمة التحكيم في قضية الحكومة السعودية مع أرامكو إلى رفض اعتبار عقد الامتياز الذي يعرف في العصر الحديث بعقد البوت (B.O.T) المبرم بين الحكومة السعودية وأرامكو عقداً إدارياً نظراً لأن النظام السعودي لا يعرف هذه الطائفة من العقود وأن مذهب الإمام أحمد يساوي في المعاملة والآثار بين الاتفاقيات المبرمة بين الدولة وبين العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها باعتبارها سلطة عامة وبين العقود المدنية والتجارية حيث تخضع جميعها لقاعدة (أن العقد شريعة المتعاقدين)، واعتبرت هذا العقد عقداً غير مسمى لا يمكن إدراجه في الطوائف القانونية المعتادة للعقود.

وفيما انتهت إليه محكمة التحكيم نظر في عدة أمور منها:

أ- أن النظام السعودي مصدره الأساسي الشريعة الإسلامية المبنية على كتاب الله وسنة النبي محمد صلى الله عليه وسلم، ولا يقتصر على مذهب الإمام أحمد، ويؤيد ذلك ما جاء في البلاغ العام بتاريخ ٢٨ من ذي الحجة ١٣٤٣هـ؛ الذي يقرر أن الشريعة الإسلامية

---

(١) انظر: ص ٣٤ من هذا البحث.

هي القانون العام، وأئمة المذاهب الأربعة هم القدوة ويكون العلماء المحققون من جميع الأمصار هم المرجع، ونصت التعليمات الأساسية للمملكة الحجازية بتاريخ ٢٠ صفر ١٣٤٥هـ في المادة السادسة منها على أن الأحكام في المملكة الحجازية منطبقة على كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وما كان عليه الصحابة، والسلف الصالح[١].

ب- صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان ومكان واستيعابها لكل جديد ومن ذلك هذا النوع من العقود، حيث أناط الشارع خدمة المرافق العامة لولي الأمر وتحقيق المصالح العامة للأمة، فقد نص العلماء على أنه: (حيث يكون نظر المعدن للإمام، فإنه ينظر فيه بالأصلح جباية، وإقطاعاً)[٢]، فللإمام أن يقطع المعدن لمن يشاء من المسلمين انتفاعاً، أو يجعله في بيت المال لمنافعهم، أو يقطعها لمن يعمل فيها أو يعامل الناس على العمل فيها فيما يجوز له لمنافعهم، وهذا هو المشهور عند المالكية[٣].

---

(١) انظر: أوهاب، نذير محمد الطيب، نظرية العقود الإدارية، ص٢٤٢، مرجع سابق.

(٢) المغربي، محمد بن عبد الرحمن المعروف بالحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، حـ ٢ ص٣٣٦، مرجع سابق.

(٣) انظر: القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل للمسائل المستخرجة، حـ ٢ ص٣٩٦، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ تحقيق: محمد صبحي وآخرون ؛وانظر: القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، حـ ٣ ص٦٢، مرجع سابق، وانظر: العبدري، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل لمختصر خليل، حـ٢ ص٢٣٥، مرجع سابق.

والإمام على ذلك مخير بعد مشاورة أهل الحل والعقد في هذا التخصص على إجراء عقود الامتياز على زمن قواعد العقود الإدارية أو قواعد العقود الخاصة أي منهما التي تكون أنفع وأصلح للأمة[1].

وبذلك يكون من حق الحكومة السعودية حق المطالبة في إجراء العقد وفق قواعد العقود الإدارية، وكان على المحكمة إجابة طلب الحكومة السعودية لإجراء عملية التحكيم باعتبار المملكة صاحبة سيادة وسلطة وفقاً لقواعد العقود الإدارية التي قررتها الشريعة الإسلامية.

رابعاً: يستفاد كذلك من هذه القضية إقرار الحكومة السعودية لجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية، ولكن النظام السعودي لم ينص عليه في النظام قبل عام ١٣٨٣هـ، ثم في هذا العام صدر قرار بمجلس الوزراء رقم (٨٥) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ، والذي تضمن منع التحكيم في العقود الإدارية إلا إذا منحت الدولة امتيازاً يظهر لها فيه مصلحة قصوى.

واستقر الأمر في الوقت الحاضر على جواز اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه العقود بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء عليه.

---

(١) انظر: أبوهاب، نذير محمد الطيب، نظرية العقود الإدارية، ص٢٤١، مرجع سابق.

المطلب الثاني: التحكيم في عقود البوت (B.O.T) في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء المعاصرون حول تكييف هذا العقد على أقوال كثيرة وليس هذا موضوع بحثنا، وسوف أذكرها ذكراً فقط حتى يتبين لنا موقف الفقه من التحكيم فيها.

عقد البوت (B.O.T) يمكن تخريجه على أنه:

١- عقد جديد أصالة:

وهو بهذا يخرج على القاعدة الفقهية المشهورة: (الأصل في العقود الإباحة).

وصدر قرار بمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٨٢ (١٩/٨) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة بدولة الإمارات بتاريخ ١ - ٥جمادي الأولى ١٤٣٠هـ على أن هذا العقد عقد مستحدث، فهو وأن شابه في صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقهاً، فإنه قد لا ينطبق مع أي منها.

ويجوز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة[1].

٢- عقد استصناع تغليباً[2]:

ويعتمد هذا التكييف على جزءين هما :

---

(١) أبو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك ،ص ١١٤، مرجع سابق

(٢) أبو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك ،ص ١١٥، مرجع سابق

الجزء الأول :يخرج عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك البوت (B.O.T) على عقد الاستصناع تغليباً، حيث هو أساس العقد، ومعظمه ولا وجود للمشروع دونه، وما عداه مما يأتي بعده من العقود مبني عليه.

وقد صدر قرار بمجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٥ (٧/٣)في دورة السابعة بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة الموافق ٩-١٤ أيار (مايو) ١٩٩٢م بشأن عقد الاستصناع وتضمن ما يلي:

بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد، والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي:

أولاً: إن عقد الاستصناع، وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان، والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف طارئة.

الجزء الثاني : (عقد التشغيل) جزء مكمل للمشروع،يكيف بأنه (عقد إجارة على عمل)، حسب التفصيل الآتي:

عقد التشغيل:

هو المرحلة الثانية بعد تمام المشروع فالعقد في هذه المرحلة يدخل تحت باب الإجارة؛ ذلك أن العقد ينص على أجره تشغيله، والفترة المقدرة لتشغيله، تحصيلاً لرأس المال، وتقدير الأرباح والاستثمار.

عقد الإعادة:

إذا تمت فترة التشغيل حسب العقد، يستعيد أصحاب المشروع الأصليين كامل المشروع في حالة سليمة جيدة، دون جهالة في بند من البنود بالتقصير، أو التفريط، كما هي العادة الجارية في مثل هذه العقود للمشاريع الضخمة التي تبرمها الحكومات مع الشركات الكبيرة المتخصصة في العصر الحاضر.

٣- القياس على إعمار الوقف الخراب[١]:

يخرج هذا العقد على بعض مسائل الأوقاف إذا خربت وتعطلت منافعها، ولا يجد القائمون عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنون الطويلة وليس للوقف موارد لعمارته، وإحيائه، فمن ثم فكر الفقهاء القائلون بجواز استبدال الوقف في إيجاد حل للإفادة من الوقف بإعماره بأسلوب من أساليب عدة، كان من بينها عقد (البناء، والإشغال)، وإن لم يكن معروفاً بهذا العنوان، وذلك بعد استيفاء المتعاقد تكاليف الإعمار بسكنه، واستثماره مدة معلومة، ثم إعادة عين الوقف لأصحابه ليؤدي الوظيفة التي حبس من أجلها.

وعلى هذا فإن عقد البوت (B.O.T) يكيف على أنه عقد جديد أصالة أو عقد استصناع تغليباً أو يقاس على إعمار الوقف الخراب .

وحتى يتبين لنا موقف الفقه الإسلامي من التحكيم في هذا العقد سوف أعرف هذه الأنواع من العقود حتى يتضح نوعها .

عرفت مجلة الأحكام العدلية في مادتها رقم (١٢٤) عقد الاستصناع بأنه : (عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع)[٢].

---

(١) أبو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك ص ١١٥، مرجع سابق

(٢) حيدر ، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الحكام ، جـ ١ ص ٩٩ ، مرجع سابق .

فدل التعريف أن عقد الاستصناع عقد معاوضة رضائي يلتزم العامل بصنع شيء معين ويلزم الطرف الثاني المشتري دفع الثمن .

وعليه فيكون عقد البوت (B.O.T) من عقود المعاوضة التي أتفق الفقهاء على جواز التحكيم فيها كما بينا [٢].

وعقد إعمار الوقف الخراب يدخل في الفقه الإسلامي تحت باب الإجارة وحتى نعرف نوع هذا العقد سوف أعرض تعريف الإجارة عند الفقهاء .

فعرفها الحنفية بأنها : (عقد على المنافع بعوض) [١].

وعرفها المالكية بأنها : (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض) [٢].

وعرفها الشافعية بأنها : (عقد على منفعة معلومة مقصودة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم) [٣].

وعرفها الحنابلة بأنها :(عقد على منفعة مباحة معلومة مدة معلومة عن عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل بعوض معلوم) [٤].

---

(٢) انظر: ص ١١٥ من هذا البحث.

(١) المرغيناني ،علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، الهداية على شرح بداية المبتدي ،جـ ٣ ص٢٣١ ، مرجع سابق .

(٢) الدردير ، الشرح الكبير ،جـ ٤ص ٢، مرجع سابق .

(٣) الأنصاري ، زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب في شرح روض الطالب ، جـ ٢ ص ٤٠٣ ، مرجع سابق .

(٤) البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع شرح زاد المستقنع ، جـ ١ص ٢٩٤ ، مرجع سابق .

ومن خلال التعريفات السابقة نجد أن عقد الإجارة عقد معاوضة يلتزم المؤجر بدفع المنفعة إلى المستأجر ويلتزم المستأجر بدفع العوض .

وعليه فإن عقد البوت (B.O.T) من عقود المعاوضة التي أتفق الفقهاء على جواز التحكيم فيها .

وبعد هذا العرض نجد أن هذا العقد على اختلاف تكييفه عند الفقهاء يعتبر من عقود المعارضات التي اتفق الفقهاء على جواز اللجوء فيها إلى التحكيم عند حدوث المنازعة كما بينا سابقاً[1].

---

(١) انظر: ص ١١٨ من هذا البحث.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

من خلال ما سبق يمكن ملاحظة ما يلي:

١ -التقارب بين تعريف عقد البوت (B.O.T) في النظام السعودي والفقه الإسلامي، إلا أنه يوجد فرق جوهري بين التعريفين؛ وهو أن شراح النظام عرفوا عقد البوت (B.O.T) باعتباره عقداً إدارياً؛ أي لابد أن تكون الإدارة طرفاً فيه أو من يقوم مقامها، في حين أن الفقهاء المعاصرين عرفوا عقد البوت (B.O.T) باعتباره عقداً عاماً قد يكون أحد أطرافه جهة الإدارة أو فرداً عادياً.

٢- يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على حداثة هذا العقد، وأنه من صور العقود التي ظهرت في الوقت الحديث سواءً في المدن النامية أو المدن الصناعية.

٣ -ما زال الاختلاف في النظام والفقه قائماً على كيفية تكيف طبيعة هذا العقد، والمستقر في النظام السعودي أنه من العقود الإدارية، ورجح مجمع الفقه الإسلامي أن هذا العقد من العقود المستحدثة وإن شابه في بعض صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقهاً، فإنه لا ينطبق مع أي منها.

٤ يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي في النظر في نوع هذا العقد، فالنظام ينظر إليه باعتباره إدارياً ، أي لابد أن تكون الإدارة أو أحد الأشخاص العامة

طرفاً فيه والفقه ينظر إليه باعتباره عقداً عاماً قد تكون الحكومة طرفاً فيه، أو قد يكون بين فردين من أفراد الدولة.

٥ يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على جواز اللجوء إلى التحكيم عند حدوث المنازعة في هذه العقود.

٦ يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على ندرة تطبيقات هذا العقد، فشركة أرامكو تعتبر تطبيقاً وحيداً لهذا العقد في المملكة ولا يوجد غيره بحسب علمي، ولا يوجد تطبيقاً لهذا العقد في الفقه الإسلامي بحسب إطلاعي.

المبحث الثالث

التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه تمهيد، وثلاثة مطالب:

تمهيد: في التعريف بعقود التوريد في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المطلب الأول: التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي.

المطلب الثاني: التحكيم في عقود التوريد في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

أولاً: التعريف بعقود التوريد في النظام السعودي:

لعقد التوريد في النظام السعودي عدة تعريفات، منها ما يلي:

١ــ قيل هو: (اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات يلتزم بموجبه المتعاقد بتوريد منقولات معينة للإدارة لاستخدامها في تشغيل مرفق معين مقابل ثمن يحدد في العقد)[١].

٢ــ وقيل هو: (أن يتعهد شخص بتسليم كميات معينة من السلع بصفة دورية لشخص آخر نظير مبلغ معين)[٢].

٣ــ وقيل هو: (عقد يلتزم بمقتضاه شخص "مقاول التوريد" بتسليم أشياء معينة بصفة دورية، ومنتظمة لشخص آخر، خلال فترة زمنية محددة سلفاً نظير حصوله على مقابل)[٣].

والتعريف المختار هو التعريف الأول ، لأنه يتفق مع البحث من حيث طبيعة العقد الإداري حيث لابد أن يكون أحد أطراف العقد جهة إدارية .

وبعد هذا العرض يمكن ملاحظة ما يلي:

---

(١) الرهي، عبد الله بن حمد، القواعد المنظمة للعقود الإدارية، ص٣٨، مرجع سابق.

(٢) المدني، حمزة علي، القانون التجاري السعودي، ص٧١، مرجع سابق.

(٣) حمد الله، حمد الله محمد، النظام التجاري السعودي، ص ٦١، حوارزم للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.

١. عقد التوريد لا يقع إلا على المنقولات مهما كانت قيمتها أو صفتها أو طبيعتها، ولا يرد على العقارات، وهذا من أهم الفروق بين عقد التوريد وعقد الأشغال العامة.

٢. التعريف الأول عرف عقد التوريد باعتباره عقداً إدارياً؛ أي لابد أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً من أشخاص النظام، وفي التعريف الثاني والثالث عرف عقد التوريد باعتباره عقداً تجارياً، وهذا يمكن أن يكون عقد التوريد عقداً إدارياً، أو يكون عقداً تجارياً ينطبق عليه قواعد النظام التحاري وفقاً لنص المادة الثانية فقرة (ب) من نظام المحكمة التحارية السعودي [1] التي تنص على: (يعتبر من الأعمال التحارية كل ما هو آت:

(ب) : كل مقاولة أو تعهد بتوريد أشياء أو عمل يتعلق بالتحارة بالعمولة أو النقل براً أو بحراً أو يتعلق بالمحلات والمكاتب التحارية ومحلات البيع بالمزايدة يعني الحراج).

ووفقاً لما سبق فإنني سوف اقتصر على دراسة عقد التوريد باعتباره عقداً إدارياً، ومن ثم فإن التعريف المعتمد هو التعريف الأول.

---

(١) نظام المحكمة التحاري السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م /٣٢ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ

ثانياً: التعريف بعقود التوريد في الفقه الإسلامي:

أولاً: التعريف بعقود التوريد في اللغة:

التوريد في اللغة: مصدر ورد بتشديد الراء قال ابن فارس: (الواو، والراء، والدال أصلان: أحدهما: الموافاة إلى الشيء، والثاني: لون من الألوان)(١).

وورَد بالتخفيف يُرد بالكسر وروداً أي: حضر، وأورده: غيره، واستورده أي: أحضره)(٢).

وورد عليه: أشرف عليه، دخله أو لم يدخله، ومنه قوله تعالى: (وإن منكم إلا واردها)(٣) فسره ثعلب فقال: يردونها مع الكفار فيدخلها الكفار ولا يدخلها المسلمون (٤)، والدليل على ذلك قوله تعالى: (إن الذين سبقت لهم منا الحسنى أولئك عنها مبعدون)(٥)، والورد: تطلق على الإبل، وعلى النصيب من القرآن، وعلى الجيش، وعلى الجزء(٦).

---

(١) ابن فارس، أبي الحسين أحمد بن فارس، معجم مقاييس اللغة، جـ٦ ص١٠٥، مرجع سابق.

(٢) انظر: الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، جـ١ ص٢٩٨، مرجع سابق.

(٣) سورة مريم آية رقم: ٧١ .

(٤) انظر: ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، جـ٣ ص٤٥٧، مرجع سابق.

(٥) سورة الأنبياء آية رقم ١٠١

(٦) انظر: الزبيدي، محمد مرتضى، تاج العروس من جواهر القاموس، جـ٩ ص٢٩٥، مرجع سابق.

ويتضح من خلال ما سبق أن مادة (ورد) تأتي بعده معاني منها:

١. الورد إلى الشيء أي الحضور إليه والإشراف عليه.

٢. ويعني إحضار الشيء والإتيان به وهذا هو المعنى المقصود والذي يتفق مع البحث؛ لأن المقصود من عقد التوريد نقل الأشياء وتسليمها إلى طرف آخر.

٣. يعني الإبل، والجيش، والنصيب من القرآن، والجزء.

ثانياً: التعريف بعقود التوريد في الاصطلاح:

لا يوجد في كتب الفقه تعريفاً لهذا النوع من العقود، وذلك لحداثة هذا النوع من العقود، وإن كان الفقهاء رحمهم الله قد نصوا على تعريف بعض العقود المقاربة لهذا العقد مثل: عقد السلم، وعقد الاستصناع، وغيرها، ولقد اجتهد الفقهاءُ المعاصرون في وضع تعريف لهذا العقد،سوف أذكر بعضها فيما يلي:

عرف مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشر بالرياض في المملكة المنعقد خلال الفترة من ٢٥ جمادي الآخرة ١٤٢١هـ - ١رجب ١٤٢١هـ الموافق ٢٣-٢٨ أيلول ٢٠٠٠م، عقد التوريد بأنه: "عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول بأن يسلم سلعاً معلومة، موجلة، بصفة دورية خلال فترة معينة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه"[١].

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٧ (١٢/١) في دورته الثانية عشر المنعقدة في الرياض .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر التوريد على السلع، مع أن التوريد يشمل توريد الخدمات مثل: الماء والكهرباء والغاز وغيرها، فبذلك يكون هذا التعريف غير جامع.

وقيل هو: (اتفاق بين الجهة المشترية والجهة البائعة على أن الجهة البائعة تورد للجهة المشترية سلعاً أو موادّ محدودة الأوصاف في تواريخ مستقبلة معينة لقاء ثمن معلوم متفق عليه بين الفريقين)[1].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يلزم منه الدور، حيث ذكر كلمة (توريد) التي يتوقف فهمها على فهم معنى التوريد.

وقيل هو: (عقد على عين موصوفة في الذمة بثمن مؤجل معلوم إلى أجل معلوم في مكان معين)[2].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل عقد التوريد بيعاً فقط، وقد يكون سلماً أو إجارة أو استصناع، ولا يلزم أن يكون الثمن مؤجلاً بل قد يكون مقدماً.

---

(١) العثماني، محمد تقي، عقود التوريد والمناقصات، ص ١، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، المكتبة الشاملة، العدد الثاني عشر، ص٦٧٢.

(٢) أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية، ص ١، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، المكتبة الشاملة العدد الثاني عشر، ص٦٩١.

وقيل هو: (عقد بين طرفين على توريد سلعة أو مواد محدودة الأوصاف في تواريخ معينة لقاء ثمن يدفع على أقساط)[١].

ويؤخذ على هذا التعريف أنه يلزم منه الدور؛ حيث عرف التوريد بقوله (توريد) المتوقف فهمها على فهم معنى التوريد.

وقيل هو: (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين)[٢].

ولعل هذا هو التعريف الراجح لأسباب منها:

١. سلامته من النقد الموجه إلى التعريفات السابقة.

٢. اشتمال التوريد للسلع والخدمات.

٣. لم يقيده بالزمن بل اعتبره عقداً عاماً سواء كان عقداً تجارياً أو عقداً إدارياً، في حين أن الذين قيدوا التعريف بالزمن اعتبره عقداً تجارياً فقط.

---

(١) الجواهري، حسن الجواهري، عقود التوريد والمناقصات، ص٣، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، المكتبة الشاملة، العدد الثاني عشر، ص٧٥٤.

(٢) المطلق، عبد الله بن محمد، عقد التوريد دراسة شرعية، ص٢٤، ٢٥، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر في جمادي الآخرة ١٤١٤هـ.

المطلب الأول: التحكيم في عقود التوريد في النظام السعودي.

لم أجد عقد توريد إداري تم الفصل فيه عن طريق التحكيم وتمت المصادقة عليه من قبل ديوان المظالم، وهذا دليل على ندرة نظر الديوان في العقود الإدارية.

إلا أنه بعد البحث والتقصي وجدت نظام صدر عن وزارة الشئون البلدية والقروية بالمملكة يضم نموذج عقد توريد مياه الشرب بواسطة الناقلات لسقيا أهل المدن[1] بين الوزارة وموسسات نقل المياه، وتضمن عدة مواد منظمة لهذا العقد منها المادة السابعة عشر من قسم الشروط العامة والخاصة والتي تنص على أن: (كل خلاف ينشأ عن تطبيق هذا العقد ولا يتوصل إلى تسوية بين الطرفين يحال إلى ديوان المظالم للفصل فيه بشكل نهائي).

ويستفاد من نص المادة السابقة ما يلي:

١. أن عقد التوريد الذي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيه يعتبر عقد توريد إداري ينظر من قبل ديوان المظالم، والذي يعتبر الجهة المختصة في الفصل في منازعات العقود الإدارية.

٢. يمكن تسوية الخلافات في هذا العقد بأحد وسائل فض المنازعات مثل الصلح والتحكيم قبل عرض الموضوع إلى ديوان المظالم، وهذا فيه دليل على جواز التحكيم في هذه العقود.

---

(١) موقع وزارة الشئون البلدية والقروية، قسم: نماذج عقود وتقارير موحدة.

كما نصت المادة السابعة من قسم وثيقة العقد الأساسية على أن: (يخضع هذا العقد للأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية بما فيها نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ ولائحته التنفيذية، ويجري تفسيره وتنفيذه والفصل فيما ينشأ من عن دعاوي بموجبها).

ولأن هذا العقد عقداً إدارياً فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم في هذا العقد إلا بعد أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء كما هو مقرر في المادة الثالثة من نظام التحكيم في المملكة .

المطلب الثاني: التحكيم في عقود التوريد في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء المعاصرون حول تكييف هذا العقد على أقوال كثيرة، وليس هذا موضوع بحثنا، إلا أنني سوف أذكرها ذكراً حتى يتبين لنا موقف الفقه الإسلامي من التحكيم في هذا العقد.

أولاً: إذا كان محل عقد التوريد شيء يحتاج إلى صناعة فيمكن تكييفه باعتباره عقد استصناع[1]، وقد صدر قرار بمجمع الفقه الإسلامي[2] بجوازه.

ثانياً: ما لا يحتاج إلى صناعة، فهو في الحقيقة مفاهمة ومواعدة بين الطرفين، أما البيع الفعلي فلا ينعقد إلا عند تسليم المبيعات، وأن المواعدة لا تكون لازمة في القضاء، وذهب البعض إلى لزومها عند الحاجة[3].

ثالثاً: يخرج على أنه عقد جديد؛ الأصل فيه الجواز لعموم قوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[4]، وقوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[5]، وهذا العقد يطلق عليه العرف بأنه تجارة عن تراض بين

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٧ (١٢/١٠) في دورته الثانية عشر المنعقدة في الرياض عام ١٤٢١هـ.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٥ (٧/٣) في دورته السابعة المنعقدة في جدة عام ١٤١٢هـ.

(٣) الضمان، محمد تقي، عقود التوريد والمناقصات، ص٦٧٤، مرجع سابق.

(٤) سورة المائدة آية رقم: (١).

(٥) سورة النساء آية رقم: (٢٩).

الطرفين، وبذلك يدخل في عموم الآية السابقة، ويجب الوفاء به إذا كان مشتملاً على الشروط التي اشترطها الشارع في الثمنين أو المتعاقدين أو العقد[١].

وعلى هذا فأن عقد التوريد يكيف على أنه عقد استصناع إذا كان محل التوريد شيء يصنع أو مواعدة ومفاهمة إذا كان محل التوريد لا يحتاج إلى صناعة أو عقد جديد أصالة .

وبناء على تكييف عقد التوريد على أنه عقد استصناع وهذا العقد من عقود المعاوضة كما بينا[٢] ، فعليه يكون عقد التوريد من عقود المعاوضة التي أتفق الفقهاء على جواز التحكيم فيها[٣].

---

(١) الجواهري، حسن الجواهري، عقد التوريد والمناقصات، ص٧٥٤، مرجع سابق.

(٢) انظر: ص ١١٥ وما بعدها، من هذا البحث.

(٣) انظر: ص ١١٧ وما بعدها، من هذا البحث.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

من خلال العرض السابق يمكن ملاحظة ما يلي:

١. التطابق بين تعريف عقد التوريد الإداري في النظام السعودي وعقد التوريد في الفقه الإسلامي، إلا أن النظام السعودي قصر عقد التوريد الإداري على العقد الذي يكون بين جهة إدارية وطرف أخر بينما عقد التوريد في الفقه الإسلامي عام يشمل أي متعاقدين .

٢. يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على أن الجهة المختصة بنظر المنازعات في حالة ما إذا كان أحد الأطراف حاكماً أو جهة تابعة له ، هي ديوان المظالم .

٣. النظام السعودي يفرق بين عقود التوريد التجارية والإدارية، أما الفقه الإسلامي فلا يفرق بينهما بل تعتبر من العقود الخاصة سواء كانت بين الدولة وطرف أخر، أو بين فردين عاديين، أو بين فرد وشركة، أو مؤسسة.

٤. يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على جواز التحكيم في عقود التوريد.

الفصل الثالث

طرق الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:في الطريق الأول : شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الثاني:في الطريق الثاني: مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المبحث الثالث: في الطريق الثالث :شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي .

المبحث الأول

في الطريق الأول :شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني: مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي:

أقر نظام التحكيم السعودي شرط التحكيم السابق للنـــزاع كطريقة من طرق الاتفاق على التحكيم ، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه : (يجوز الا تفاق على التحكيم في نزاع معين قائم ، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين).

وهي بذلك تجيز أن يكون الاتفاق على التحكيم سابقاً على النـــزاع ، ويرد الاتفاق في هذه الحالة على شكل شرط أو بند من بنود العقد ، أو قد يحرر أطراف المنازعة اتفاقاً مستقلاً يضمونه اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات حيال العقد الأصلي إلى التحكيم(١).

ويقصد بشرط التحكيم في العقود الإدارية بأنه : الشرط الذي يتم إدراجه في العقد الأساسي المبرم بين الجهة الإدارية أو أحد الأشخاص المعنوية العامة والمتعاقد معها يتضمن اتفاقهم على إحالة أي نزاع مستقبلي قد ينشأ بخصوص العقد ، وتنفيذه إلى التحكيم(٢).

ومما يجدر الإشارة إليه أن شرط التحكيم في العقود الإدارية يختلف عن بقية العقود، بحيث أن إجازة هذا الشرط موقوفة على موافقة رئيس مجلس الوزراء ، حيث

---

(١) انظر: المولاوي ، صالح جابر ، نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية (الواقع والمأمول) ، ص ٣٢، بحث نُشر في مجلة المحامين العرب ، العدد الرابع لسنة ٢٠٠٩م.

(٢) انظر : البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٨٥، مرجع سابق.

نصت المادة الثالثة من نظام التحكيم السعودي على أنه : (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم).

وهنا يثور تساؤلان ، الأول : ما أثر بطلان شرط التحكيم في العقود الإدارية على العقد المتضمن لهذا الشرط ؟ والثاني : ما أثر بطلان العقد على شرط التحكيم في العقود الإدارية ؟

بمعنى أننا أمام حالتين :

الحالة الأولى : إذا اتفقت الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على شرط التحكيم ضمن العقد الأساسي أو في بند من بنود العقد ، أو في عقد مستقل دون أن تحصل على الموافقة من رئيس مجلس الوزراء فهل يؤدي ذلك إلى بطلان العقد الأساسي بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها .

الحالة الثانية: إذا شاب العقد عيب من عيوب الرضا مثل الإكراه أو الغلط ، أو التدليس أو العيب أو الغبن مما يؤدي إلى بطلان العقد أو جعله قابلاً للبطلان، وكان هذا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء على شرط التحكيم فهل يؤدي بطلان العقد إلى بطلان شرط التحكيم في العقد الإداري؟

لقد تعرض النظام الفرنسي للحالة الأولى و قرر أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر في صحة العقد الذي تضمه شرط التحكيم الباطل واعتبر شرط التحكيم في هذه الحالة

كان لم يكن وذلك على أساس أن شرط التحكيم يتمتع باستقلال عن العقد حتى وإن كان قد ورد كبند من بنوده[١].

وبالبحث في نظام التحكيم السعودي نجد أنه لم يتعرض لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد ، و لم يحدد موقفه منه.

والنص على مبدأ استقلال شرط التحكيم يحقق الغرض من التحكيم باعتباره أداة مستقلة عن العقد لفصل المنازعات التي تثور بين المتعاقدين .

والباحث هنا يدعو المنظم السعودي إلى أن يبين موقفه بوضوح حول مبدأ استقلال شرط التحكيم ، بالنص صراحة على استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه ليتحقق الغرض من التحكيم .

وبالنسبة للحالة الثانية ، وهي : إذا كان شرط التحكيم صحيحاً ولكن العقد باطل ، فالأصل في هذه الحالة بطلان العقد وبطلان جميع ما تضمنه من شروط والتي من ضمنها شرط التحكيم[٢] ، لكن بعض الأنظمة العربية قررت عكس ذلك فمثلاً نظام التحكيم المصري الصادر سنة ١٩٩٤م قرر في مادته رقم (٢٣) أنه لا يترتب على بطلان العقد أو

---

(١) انظر : غسان ، علي غسان ، استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه، ص ٣، بحث نشر على الشبكة العنكبوتية ، مدونة المحامين

(٢) انظر : الغراسي ، عبدالباسط محمد . النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، ص ٨٦، مرجع سابق .

فسخه أو إلغائه أي أثر في شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان شرط التحكيم صحيحاً في ذاته [١].

كما نصت المادة السادسة عشر من نظام التحكيم اليمني [٢] على أنه : (يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل «وثيقة التحكيم» أو على شكل بند في عقد «شرط التحكيم»، وفي الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، وإذا حكم ببطلان العقد ذاته أو فسخه فإنه لا يترتب على ذلك بطلان شرط التحكيم).

وبناءً على ما سبق يمكن القول إنه إذا طعن أحد المتعاقدين في صحة العقد لسبب من أسباب البطلان ، فإن ذلك لا يؤثر في شرط التحكيم إذا كان صحيحاً في ذاته والموافقة على إحالة النـــزاع إلى التحكيم لا يعني تنازله عن الطعن في صحة العقد، لأن شرط التحكيم شرطاً مستقلاً وبالتالي يحق لمن يتمسك ببطلان العقد أن يدفع بهذا البطلان أمام هيئة التحكيم التي تملك صلاحية الفصل في الخلاف حول صحة العقد وبطلانه.

وبالبحث في النظام التحكيم السعودي نجد أنه لم يتعرض لهذه الحالة ، ولم يحدد موقفه مـــنها .

---

(١) نص المادة (٢٣) : (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إلغائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته).

(٢) نظام التحكيم اليمني الصادر في ٢٧ رمضان ١٤٢١هـ .

والباحث يرجح أن بطلان العقد أو فسخه أو إلغاءه لا يؤثر في صحة شرط التحكيم متى كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته ،ليتحقق الغرض من التحكيم وأنه وسيلة مستقلة لفصل النزاع بين المتخاصمين .

ويدعو المنظم السعودي إلى أن يبن موقفه من هذه الحالة بوضوح والنص صراحة على أن بطلان العقد أو فسخه أو إلغاءه لا يؤثر في صحة شرط التحكيم مثله مثل النظام المصري واليمني .

وقبل أن أُنهي الحديث عن شرط التحكيم في العقود الإدارية أشير إلى بعض ما قرره نظام التحكيم السعودي حيال شرط التحكيم ، حيث قرر أنه متى تم الاتفاق على التحكيم سواء كان ضمن العقد الأساسي أو في بند من بنود العقد ، أو في عقد مستقل، فإنه يجب على طرفيه اللجوء إلى التحكيم للفصل فيما يثور بينهما من منازعات وعدم عرضها على المحاكم والجهات القضائية المختصة أصلاً بنظرها ، حيث نصت المادة السابعة من نظام التحكيم السعودي على أنه : (إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبل قيام النـــزاع أو إذا صدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم في نـــزاع معين قائم فلا يجوز النظر في موضوع النـــزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام).

كما أن نظام التحكيم السعودي لم ينص على أن يتضمن شرط التحكيم تحديد موضوع النـــزاع أو تحديد أسماء المحكمين أو اسم المحكمة أو تحديد المكان الذي يتم فيه عملية التحكيم[١].

وتثور إشكالية حول شرط التحكيم وهي : هل شرط التحكيم كافياً للقيام بعملية التحكيم لذاته أم لا بد من كتابة وثيقة التحكيم بعد وقوع النـــزاع المحتمل ؟

في الحقيقة أن المنظم السعودي لم يبين موقفه من هذه الإشكالية مما أدى إلى اختلاف شراح النظام حولها إلى قولين :

القول الأول : أن شرط التحكيم غير كافٍ لذاته لقيام عملية التحكيم ولا بد من كتابة وثيقة التحكيم وتقديمها إلى الجهة المختصة في الفصل في النـــزاع لاعتمادها ومن ثم القيام بعملية التحكيم[٢] . ويؤيد ذلك نص المادة الخامسة السعودي والتي تنص على أنه : (يودع أطراف النـــزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً لنظر النـــزاع ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين ، وأن يبين بها موضوع النـــزاع ، وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين وقبولهم نظر النـــزاع وأن ترفق بها صور من المستندات الخاصة بالنـــزاع).

---

(١) انظر: البحاد. محمد ناصر . التحكيم في المملكة ، ص ٩٣، مرجع سابق .

(٢) انظر : البحاد. محمد ناصر. التحكيم في المملكة ، ص ٩٥، مرجع سابق.

القول الثاني : أن شرط التحكيم كافياً لذاته لقيام عملية التحكيم ولا يحتاج إلى كتابة وثيقة التحكيم[١] . واستند أصحاب هذا القول على نص المادة السابعة من نظام التحكيم حيث نصت على أنه : (إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبل قيام النـــزاع أو إذا صدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم في نزاع معين فلا يجوز النظر في موضوع النـــزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام).

ولاحظ أصحاب هذا القول أن المنظم استخدم كلمة (أو) وهو بذلك فرق بين شرط التحكيم وقرار اعتماد وثيقة التحكيم وساوى بينهما في انتزاع الاختصاص من الجهة المختصة بالفصل في النـــزاع أصلاً وتوليه التحكيم الاختصاص وهو بذلك قد اعترف بشرط التحكيم وحرره من الشكليات التي بقي اتفاق التحكيم مقيداً بها[٢].

ويظهر لي رجحان القول الثاني لأن أصحاب القول الأول قيدوا تنفيذ عملية التحكيم بكتابة وثيقة التحكيم وهو تقييد بدون مُقيد حيث لم ينص المنظم على ذلك ، كما أن نص المادة الخامسة تقيد مشارطة التحكيم فقط و لم تتحدث عن شرط التحكيم.

والباحث يدعو المنظم السعودي إلى أن يبين موقفه من هذه الإشكالية بالنص صراحة على اعتماد شرط التحكيم بذاته أو أنه لا يكفي ولا بد من كتابة وثيقة التحكيم.

---

(١) انظر: الأحدب ، عبدالحميد الأحدب ، التحكيم أحكامه ومصادره ، حـ ١ ص ٢٠٠، مؤسسة نوفل، بيروت ، ١٩٩٠م ، و والي، فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، ص ٨٩٥ وما بلبها ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٧م.

(٢) انظر: المراجع السابقة بنفس الصفحات

ومما ينبغي الإشارة إليه في شرط التحكيم في العقود الإدارية أنه قد استقرت أحكام هيئات التحكيم الدولية على أن الدولة التي تقبل بشرط التحكيم في العقود التي تبرمها مع أطراف أجنبية لا يمكنها التمسك بحصاناتها القضائية أمام هيئة التحكيم وليس لها بعد بدء إجراءات التحكيم أن تدفع برد دعوى التحكيم استناداً إلى خصائصها القضائية لأن ذلك يتنافى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية[1].

ومن ناحية أخرى فقد استقرت قاعدة في الفقه والقضاء الدوليين مفادها أن شرط التحكيم يبقى سارياً ونافذاً بعد إنهاء الدولة للعقد بإرادتها المنفردة ، حيث نصت المادة الخامسة والعشرون من اتفاقية واشنطن المبرمة سنة ١٩٦٥م ، والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدولة ورعايا الدول الأخرى على أنه : (إذا اتفق الأطراف على التحكيم فلا يجوز لأي طرف أن يسحب موافقته منفرداً)[2].

ويستفاد مما سبق أن شرط التحكيم الذي يرد في صلب العقد في العلاقة التي يكون طرفها أجنبياً ملزماً لطرفيه وعلى ذلك فإن من الأفضل للدولة في العقود الإدارية التي يكون أحد أطراف العلاقة فيها أجنبياً بأن لا تعتمد على شرط التحكيم في اتفاق التحكيم وإنما تترك الأمر إلى حين حدوث النـــزاع فإذا رأت أن المصلحة تستوجب اللجوء إلى

---

(١) انظر : عثمان ، خالد أحمد ، التحكيم في العقود الإدارية ، مقال نشر على الشبكة العنكبوتية على موقع الصحيفة الاقتصادية الالكترونية www.alegt.com.

(٢) انظر : عثمان . خالد أحمد ، التحكيم في العقود الإدارية ، مقال ، مرجع سابق .

التحكيم أبرمت اتفاقاً مستقلاً وهو ما يسمى مشارطة التحكيم وسوف أتحدث عنه في المبحث القادم بالتفصيل .

ومن الملاحظ على نظام التحكيم السعودي أنه لم يتعرض في كثير من أحكامه إلى التحكيم الدولي ، فلم يتعرض إلى شرط التحكيم في العلاقة التي يكون طرفها أجنباً ، على عكس كثير من الأنظمة . وهذا يدعونا إلى أنه يجب على المنظم السعودي الاهتمام بالتحكيم الدولي وتوضيح أحكامه وإجراءاته وموقف المملكة منه.

المطلب الثاني : مفهوم شرط التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي:

أولاً : تعريف شرط التحكيم في اللغة :

سبق وأن بينت معنى التحكيم في اللغة ولذا سوف أقتصر على بيان معنى الشرط في اللغة.

قال ابن فارس : الشين والراء والطاء أصل يدل على علم وعلامة [١]، والجمع شروط وشرائط ، ومعناه : إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه ، والشرط بالتحريك بمعنى العلامة والجمع أشراط ومنه قوله تعالى : ﴿ فقد جاء أشراطها ﴾[٢]أي جاءت علاماتها والاشتراط : العلامة التي يجعلها الناس بينهم وأشرط طائفة من إبله وغنمه أي : عزلها وأعلم أنها للبيع[٣]، وشرط الجلد ونحو شرطاً شقه شقاً يسيراً [٤].

ويتضح مما سبق أن مادة (شرط) تأتي بعدة معاني منها :

١ - إلزام الشيء والتزامه.

٢ - العلامة.

٣ - الشق اليسير.

---

(١) ابن فارس . أحمد بن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، حـ٣ ص ٣٦٠، مرجع سابق.

(٢) سورة محمد ، آية : (١٨).

(٣) انظر : ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب ، حـ٧ ، ص ٣٢٩، مرجع سابق.

(٤) إبراهيم مصطفى وآخرون ، المعجم الوسيط ، حـ١ ، ص ٤٧٨، مرجع سابق.

والمعنى المقصود من هذه المعاني والذي يتفق مع البحث هو المعنى الأول لأن شرط التحكيم معناه إلزام أطراف المنازعة بالالتجاء إلى التحكيم عند حدوث النـــزاع.

ثانياً: شرط التحكيم في الاصطلاح :

لم يتعرض الفقهاء رحمهم الله إلى تعريف شرط التحكيم السابق للنـــزاع نظراً لعدم وجوده في معاملاتهم ، وإنما اكتفوا بتنظيم اتفاق التحكيم بعد حصول النـــزاع ، ولكن الفقهاء قرروا مشروعية الشروط في العقود وتعرضوا إلى تعريف الشرط بشكلٍ عام.

ومن هذه التعاريف:

تعريف عز الدين بن عبدالسلام [١] للشرط بأنه : (ما يتوقف عليه الحكم وليس بعلة الحكم ولا يجزىء لعلته) [٢].

---

(١) عبدالعزيز بن عبدالسلام بن أبي القاسم بن الحسن الدمشقي ، عز الدين الملقب بسلطان العلماء، فقيه شافعي بلغ رتبة الاجتهاد . ولد سنة ٥٧٧هـ في دمشق ونشأ فيها ، وزار بغداد سنة ٥٩٩هـ فأقام شهراً ثم عاد إلى دمشق وتولى الخطابة والتدريس ثم خرج إلى مصر فولاه نجم الدين أيوب القضاء ومكنه من الأمر والنهي. توفي سنة ٦٦٠هـ بالقاهرة . انظر : الزركلي ، الأعلام ، جـ٤ ، ص ٢١، مرجع سابق.

(٢) ابن عبدالسلام ، أبو محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، جـ٢،ص٨٨، دار المعارف ، بيروت ، تحقيق : محمود التلاميد الشنقيطي.

وقال السبكي[1] أنه : (ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته)[2].

وقال الغزالي[3] أنه : (عبارة عما لا يوجد المشروط مع عدمه لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده)[4].

وقال الأسنوي[5] أنه : (ما يتوقف عليه تأثير المؤثر لا وجوده)[1].

---

(١) عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي السبكي ، أبو نصر : قاضي القضاة ، مؤرخ وباحث ولد في القاهرة سنة ٧٢٧هـ وانتقل إلى دمشق مع والده فسكنها وانتهى إليه القضاء في الشام ثم عزل . قال ابن كثير :جرى عليه من المحن والشدائد ما لم يجر على قاض مثله من تصانيفه : طبقات الشافعية الكبرى وجمع الجوامع وغيرها، توفي بدمشق سنة ٧٧١هـ. انظر : الزركلي، الأعلام ، جـ٤ ، ص ١٨٤.

(٢) السبكي ، تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي ، جمع الجوامع في أصول الفقه ، جـ ١ص٥٠، منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٤هـ.

(٣) محمد بن محمد الغزالي الطوسي ، أبو حامد ، حجة الاسلام ، فيلسوف ، له نحو مئتي مصنف . ولد في الطابران سنة ٤٥٠هـ ، ورحل إلى نيسابور ، ثم إلى بغداد فالحجاز فبلاد الشام فمصر . من كتبه : إحياء علوم الدين والاقتصاد في الاعتقاد ، وبداية الهداية وغيرها كثير . توفي سنة ٥٠٥هـ ، انظر : الزركلي ، الأعلام جـ٧ص٢٢.

(٤) الغزالي ، محمد بن محمد . المستصفى في علم الأصول ، جـ ١ ، ص ٢٦١ ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ ، تحقق : محمد عبدالسلام عبدالشافي .

(٥) عبدالرحيم بن الحسن بن علي الأسنوي الشافعي ، أبو محمد جمال الدين : فقيه أصولي من علماء العربية ، انتهت إليه رئاسة الشافعية وولي الحسبة ووكالة بيت المال. ولد سنة ٧٠٤هـ ، وتوفي سنة ٧٧٢هـ. انظر: الزركلي ،الأعلام ، جـ٣ ، ص ٣٤٤.

وقال البهوتي[٢] أنه : (إلزام أحد المتعاقدين ، المتعاقد الآخر بسبب العقد بما له فيه منفعة)[٣].

وهذا التعريف هو المختار لأنه يحدد المراد من الشرط في هذا البحث بصورة واضحة ، وتميز بأنه تعريفاً خاصاً للشرط في حين أن بقية التعريفات السابقة عرفته بشكل عام.

وعلى ذلك يكون المقصود بشرط التحكيم في الفقه الإسلامي : إلزام أحد المتعاقدين ، المتعاقد الآخر بسبب العقد اللجوء إلى التحكيم لما له فيه من منفعة.

ويمكن وصف شرط التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي بأنه : إلزام الإدارة المتعاقد معها أو بالعكس بسبب العقد اللجوء إلى التحكيم لما فيه من منفعة .

والأصل في الشروط في العقود في الفقه الإسلامي الصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما قام عليه دليل من كتاب أو سنة أو قياس . قال شيخ الإسلام ابن تيمية [١] : (الأصل

---

(١) الأسنوي ، جمال الدين عبدالرحيم ، نهاية السول في شرح منهاج الأصول ، جـ ٢ ص ٤٣٧، عالم الكتب، بدون طبعة.

(٢) منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي: شيخ الحنابلة بمصر في عصره. نسبته إلى (بهوت) في غربية مصر. له كتب، منها الروض المربع شرح زاد المستقنع المختصر من المقنع – ط ، و كشاف القناع عن متن الإقناع للحجاوي ، انظر : الزركلي ، الأعلام ، جـ ٧ص ٣٠٧، مرجع سابق.

(٣) البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع شرح زاد المستقنع ، جـ٢ ، ص ٥٨، مرجع سابق.

في العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً ، أو قياساً»[٢].

ويقول ابن القيم[٣] : (الأصل في العقود والشروط الصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه وهذا القول هو الصحيح)[٤].

واستدل الفقهاء على هذا الأصل بأدلة منها :

قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[٥] والعقود هي العهود ومن العهود الشروط.

---

(١) ابن تيمية : أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام بن عبدالله بن أبي القاسم الراني الدمشقي الحنبلي ، أبو العباس، شيخ الإسلام ، ولد في حران سنة ٦٦١هـ ، وتحول مع أبيه إلى دمشق فنبغ واشتهر في علوم الآثار والسنن ودرس وأفتى وفسر ، توفي معتقلاً بقلعة دمشق سنة ٧٢٨هـ. انظر: الزركلي ،الأعلام ، جـ ١ص١٤٤، والذهبي: محمد بن أحمد بن عثمان ، معجم المحدثين ، جـ ١ ص ١١، ١٢، مكتبة الصديق ، الطائف، ١٤٠٠هـ، الطبعة الأولى .

(٢) ابن تيمية ، أحمد بن عبدالرحيم ، مجموع الفتاوى ، جـ ٢٩ ، ص ١٣٢ ، مكتبة ابن تيمية ، الطبعة الثانية، تحقيق : عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي.

(٣) ابن القيم : محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي ، ولد سنة ٦٩١هـ ، بدمشق وتتلمذ على يد شيخ الاسلام ابن تيمية ، وكان لا يخرج عن أقواله بل ينتصر لها سجن مع شيخه في قلعة دمشق .

(٤) ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، جـ ١ ص ٣٤٤، دار الجيل ، بيروت، ١٩٧٣م، تحقيق : طه عبدالرؤوف سعد.

(٥) سورة المائدة ، آية : ١ .

وقوله تعالى : ﴿ وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا ﴾ [١] فأمر جل وعلا بالوفاء بالعهد و منه الشرط.

وقوله ﷺ : «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرمّ حلالاً»[٢].

وورد في الحديث عن أنس وعائشة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال «المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك »[٣].

وقال ﷺ « ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»[٤].

---

(١) سورة الإسراء ، آية : ٣٤.

(٢) سبق تخريجه ص ٩٠ من هذا البحث .

(٣) رواه الحاكم في المستدرك ، كتاب البيوع ، حـ ٢ ، ص ٥٧، رقم (٢٣١٠) ، ورواه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب الشروط في النكاح ، حـ ٧ ص ٢٤٩، برقم (١٤٢١٣) وقال حديث ضعيف ،وقال الذهبي : لم يصح ، أنظر الذهبي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد ، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ، حـ ٢ ص٨٠،دار الوطن ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٤هـ ، تحقيق : مصطفى أبو الغيط ،وقال ابن عبدالهادي : (هذا الحديث بهذا الإسناد ضعيف وهو غير مخرج في شيء من السنن وقد أخرجه الحاكم في المستدرك) ابن عبدالهادي ، شمس الدين محمد بن أحمد ، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ،حـ ٤ص ٤١، دار أضواء السلف ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٢٤٨هـ ، تحقيق : سامي محمد حماد الله

(٤) رواه البخاري عن عائشة رضي الله عنه ، كتاب الشروط ، باب الشروط والولاء ، حـ ٥ ، ص ٣٩٧ رقم (٢٧٢٩).

وبناءً على ما سبق فإن شرط التحكيم في العقود الإدارية شرط صحيح للأسباب التالية :

١ - أن التحكيم في العقود الإدارية مشروع باتفاق الفقهاء رحمهم الله[١].

٢ - أن فيه منفعة للمتعاقدين[٢].

كما يمكن ملاحظة أن الفقه الإسلامي قرر مبدأ استقلال الشرط ، حيث قرر أنه يمكن أن يكون الشرط فاسداً ولا يبطل معه العقد.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : (قد أمر سبحانه بالوفاء بالعقود وهذا عام ، وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد ، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه ، بدليل قوله تعالى: ﴿ ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل ﴾[٣]فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه ، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد كالنذر والبيع إنما أمر بالوفاء به)[٤].

---

(١) انظر : ص ١١٨من هذا البحث.

(٢) انظر : مميزات التحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي ، ص ١٠١وما بعدها من هذا البحث.

(٣) سورة الأحزاب آية : ١٥.

(٤) ابن تيمية ، أحمد بن عبدالرحيم ، مجموع الفتاوى ، جـ٢٩ ص ١٣٨، مرجع سابق .

وقال ابن القيم : (الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل ، وما لم يخالف حكمه فهو لازم)[١].

والشروط عند الفقهاء رحمهم الله قسمان:

القسم الأول : شرط صحيح.

القسم الثاني : شرط فاسد.

فالصحيح : ما وافق مقتضى العقد أو كان في مصلحته أو حقق نفعاً لأحد المتعاقدين[٢].

والفاسد : ما كان مخالفاً لمقتضى العقد وهو نوعان[٣] :

النوع الأول : شرط فاسد يبطل معه العقد.

النوع الثاني : شرط فاسد لا يبطل معه العقد.

---

(١) ابن القيم ، محمد بن أبي بكر أيوب ، إعلام الموقعين ، جـ٣ ص ٣٩٠، مرجع سابق.

(٢) انظر : البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع ، جـ ٢ ص ٥٨ وما بعدها ، مرجع سابق، وانظر: البهوتي ، كشاف القناع ، جـ٣ ، ص ١٨٩ وما بعدها ، مرجع سابق ، وانظر : ابن قدامة، الكافي ، جـ٢، ص٣٨، مرجع سابق.وانظر: ابن عثيمين ، محمد بن صالح ، الشرح الممتع على زاد المستقنع ، جـ ٨ص ٢٢٢إلى ٢٤١ ، دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢-١٤٢٨هـ

(٣) انظر : المراجع السابقة بنفس الصفحات

المطلب الثالث : المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي :

يمكن إجراء المقارنة من عدة نقاط منها :

١ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على إقرار شرط التحكيم والاعتراف بمشروعيته وقوته الإلزامية.

٢ - نص شراح النظام السعودي على تعريف شرط التحكيم و لم ينص الفقهاء رحمهم الله عليه وذلك لعدم ظهوره في الواقع العملي في حياتهم.

٣ - نص الفقهاء على مبدأ استقلال الشرط و لم يتعرض النظام السعودي لهذا المبدأ.

٤ - اشترط النظام السعودي لصحة شرط التحكيم في العقود الإدارية موافقة رئيس مجلس الوزراء عليه و لم يشترط الفقهاء ذلك .

٥ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي من حيث عدم التفرقة بين شرط التحكيم في العقود الإدارية الداخلية والدولية.

٦ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي في أن شرط التحكيم يكفي لذاته لإلزام أطرافه بالتحكيم بمجرد الاتفاق عليه ، دون الحاجة إلى إبرام اتفاق جديد

المبحث الثاني

في الطريق الثاني : مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني: مفهوم مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : مفهوم مشارطة التحكيم[١] في العقود الإدارية في النظام السعودي.

أقر النظام السعودي مشارطة التحكيم كما أقر شرط التحكيم واعترف بمشروعيتهما وقوتهما الإلزامية ، كما نصت على ذلك المادة الأولى من نظام التحكيم السعودي حيث نصت على أنه : (يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم..).

ويقصد بمشارطة التحكيم في العقود الإدارية : اتفاق الجهة الإدارية والمتعاقد معها على طرح النـــزاع القائم بينهما على محكم أو محكمين ، ليفصل أو يفصلوا فيه دون اللجوء إلى الجهة المختصة أصلاً بالفصل في هذا النـــزاع[٢].

ولقد نظم المنظم السعودي هذا الطريق بعدة مواد حيث نصت المادة الخامسة من نظام التحكيم السعودي على أن : (يودع أطراف النـــزاع وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة أصلاً لنظر النـــزاع ، ويجب أن تكون هذه الوثيقة موقعة من الخصوم أو من وكلائهم الرسميين المفوضين ومن المحكمين ، وأن يبين بها موضوع النـــزاع ، وأسماء الخصوم وأسماء المحكمين ، وقبولهم نظر النـــزاع وأن ترفق بها صورة من المستندات الخاصة بالنـــزاع).

---

(١) ويسمى أيضاً بوثيقة التحكيم أو عقد التحكيم. انظر: البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ١٠٠، مرجع سابق

(٢) انظر: البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ١٠٠، مرجع سابق.

فأوصت هذه المادة أن تتضمن وثيقة التحكيم ما يلي :

١ - توقيع الخصوم أو وكلائهم الرسميين المفوضين على وثيقة التحكيم.

٢ - توقيع المحكمين على وثيقة التحكيم.

٣ - يحدد فيها موضوع النـــزاع.

٤ - يذكر فيها أسماء الخصوم وأسماء المحكمين.

٥ - قبول المحكمون نظر النـــزاع.

٦ - صورة من المستندات الخاصة بالنـــزاع.

ونلحظ أن نص المادة السابقة آمر لتضمنه كلمة (يجب) وهذا يعني أن نقص أحد هذه البيانات السابقة يجعل الوثيقة ناقصة ولا بد من استكمال البيان أو البيانات الناقصة وإلا كانت الوثيقة باطلة.

و لم يحدد المنظم السعودي كيفية استكمال البيان أو البيانات الناقصة في حين أن بعض الأنظمة مثل النظام الفرنسي ذهب إلى أن وثيقة التحكيم الناقصة تصحح بعمل وثيقة تحكيم جديدة[1].

والباحث يرى أنه من الأفضل في حالة بطلان وثيقة التحكيم لعدم اكتمال البيان أو البيانات الناقصة ، عمل وثيقة جديدة ، خاصة في التحكيم في العقود الإدارية لأنها

---

(١) انظر : البحاد ، محمد ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ١٠١، مرجع سابق.

تتعلق بالمصلحة العامة والتساهل فيها يمس الصالح العام ولذا كان من الأفضل عمل وثيقة جديدة مكتملة البيانات.

كما نصت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة على أنه: (يتم تعيين المحكم أو المحكمين باتفاق في وثيقة تحكيم يحدد فيها موضوع النـــزاع تحديداً كافياً ، وأسماء المحكمين ، ويجوز الاتفاق على التحكيم بمقتضى شرط في عقد بشأن المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد).

ووضحت المادة السابقة أن تعيين المحكم أو المحكمين يتم باتفاق الطرفين و لم تفرق بين جهة إدارية أو غيرها ، كما اشترطت أن يكون موضوع النـــزاع محدداً تحديداً كافياً كما نصت المادة الخامسة من نظام التحكيم السعودي أن يبين في وثيقة التحكيم موضوع النزاع ، والهدف من التأكيد على تحديد موضوع النزاع إيضاح الرغبة الأكيدة لأطراف النـــزاع على إحالته إلى التحكيم كما تهدف إلى تحديد مهمة المحكم أو المحكمين في هذه المنازعة تحديداً واضحاً لا لبس فيه.

كما يهدف تحديد موضوع النزاع إلى أنه لا يكفي الإحالة إلى الطلب المقدم مع وثيقة التحكيم إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر المنازعة لتحديد موضوع المنازعة ، لأنه غالباً ما تحتفظ الجهة المختصة أصلاً بالفصل في المنازعة بهذا الطلب في سجلاتها ، بعكس الوثيقة التي يتم اعتمادها من قبل الجهة المختصة وبعاد تسليمها لأطراف المنازعة والتي يمكن من خلالها تحديد نطاق التحكيم بمجرد الإطلاع على وثيقة التحكيم .

كما نصت المادة السابعة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة على أنه :

(على الجهة المختصة أصلا بنظر النـــزاع أن تصدر قراراً باعتماد وثيقة التحكيم خلال خمسة عشر يوماً وأن تخطر هيئة التحكيم بقرارها).

والهدف من تحديد هذه المدة تحقيق الهدف من التحكيم في سرعة الفصل في المنازعة بين الطرفين في أقصر وقت ممكن والمحافظة على مصالح المتنازعين وتحقيق رغبتهم في الاستفادة من مميزات التحكيم.

كما نصت المادة السابعة من نظام التحكيم في المملكة على تحديد الإطار الإجرائي لعملية التحكيم وتحديد أسلوب العمل والحقوق والواجبات بين طرفيه المتشارطين عليه حيث نصت على أنه : (إذا كان الخصوم قد اتفقوا على التحكيم قبل قيام النـــزاع أو إذا صدر قرار باعتماد وثيقة التحكيم في نزاع معين قائم فلا يجوز النظر في موضوع النـــزاع إلا وفقاً لأحكام هذا النظام) حيث أوصت هذه المادة أن تكون عملية التحكيم سواء كانت بطريق شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم وفق أحكام نظام التحكيم السعودي.

المطلب الثاني : مفهوم مشارطة التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي:

أولاً: تعريف مشارطة التحكيم في اللغة:

المشارطة : مفاعلة من التشارط بين طرفي العقد ، مأخوذة من مادة (الشرْط) بالتسكين للراء ، يقال : شارطه وشرط له في ضيعته بشرط وبشرط[١] ويأتي الشرط بمعاني عدة سبق بيانها[٢] ، والمعنى الذي يتفق مع البحث هو إلزام الشيء والتزامه .

التحكيم : سبق بيان معناه في اللغة [٣].

ثانياً : تعريف مشارطة التحكيم في الاصطلاح:

أولاً : تعريف المشارطة في الاصطلاح :

المشارطة: تقابل إرادة المتعاقدين على الالتزام بأمر لم يوجد في العقد الذي حصل بينهما مما يحقق نفعًا لهما بوجه ما، أو يضبط ما يحتاط له بينهما[٤].

---

(١) انظر ابن منظور ، لسان العرب، حـ٧ ص ٣٤٩، مرجع سابق.

(٢) انظر ص ١٩٨ من هذا البحث.

(٣) انظر ص ٢٢ ،٢٣ من هذا البحث.

(٤) الشاذلي ، حسن علي ، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ، ص ١٥ ، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٤٣٠هـ .

ثانياً : تعريف التحكيم في الاصطلاح :

سبق أن عرفته[1] واخترت تعريف الحنفية له بأنه :(تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما)

ومن خلال العرض السابق يمكن وصف مشارطة التحكيم بأنها : تقابل إرادة المتعاقدين على أمر لم ينص عليه في العقد تتضمن الالتزام بتولية حكماً يحكم بينهما .

ووصف مشارطة التحكيم في العقود الإدارية بأنها : تقابل إرادة الإدارة والمتعاقد معها على أمر لم ينص عليه في العقد تتضمن الالتزام بتولية حكماً يحكم بينهما .

وهذا يعني أن المشارطة على التحكيم تحدث بعد وقوع النزاع بينهما فتنصرف إرادتهما إلى عدم عرض هذا النزاع على القضاء المختص وتولية حكم يتم اختياره برضاهما لتحقيق مصالح معينة من سرعة الفصل بينهما واختيار من له الخبرة في موضوع النزاع وغيرها من المصالح .

ولتوضيح موقف الفقه الإسلامي من مشارطة التحكيم في العقود الإدارية أقدم بمقدمتين ونتيجة .

المقدمة الأولى : حكم المشارطة

وضحت فيما سبق أن الأصل في الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله بالنص أو القياس [2].

---

(١) انظر : ص ٢٤، ٢٥، ٢٦ من هذا البحث .

(٢) انظر : ص ٢٠٢ من هذا البحث .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية : (العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم، كما أن الأعيان: الأصل فيها عدم التحريم، وقوله تعالى :(وقد فصل لكم ما حرم عليكم)[1] عام في الأعيان والأفعال،وإذا لم تكن حرامًا لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم، وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة)[2].

والمشاركة فيها منفعة للمتعاقدين ولا تخالف مقتضى العقد فهي من الشروط الصحيحة كما ذكرنا [3].

المقدمة الثانية : حكم التحكيم في العقود الإدارية

سبق أن توصلت إلى أن التحكيم في العقود الإدارية جائز باتفاق الفقهاء[4].

النتيجة :

مما سبق تقرر أن المشاركة في أصلها جائزة متى حققت نفعاً للمتعاقدين وكانت موافقة لمقتضى العقد ، وسبق أن بينت أنه يلجأ إليها المتعاقدين لتحقيق مصالح لهما وأنها لا تخالف مقتضى العقد ، وعلى هذا فأن المشاركة تكون من باب الشروط الصحيحة التي يلزم الوفاء بها ، قال ابن القيم : (فالشرط في حق المكلفين كالنذر في حقوق رب

---

(١) سورة الأنعام آية رقم (١١٩) .

(٢) ابن تيمية ، أحمد بن عبدالحليم ، مجموع الفتاوى ، جـ ٢٩ص ١٥٠، مرجع سابق .

(٣) أنظر : ص ٢٠٥ من هذا البحث .

(٤) أنظر : ص ١١٨ من هذا البحث .

العالمين، فكل طاعة حاز فعلها قبل النذر لزمت بالنذر، وكذلك كل شرط قد حاز بذله بدون الاشتراط لزم بالشرط فمقاطع الحقوق عند الشروط) [1].

وبينت أن التحكيم في العقود الإدارية جائزاً باتفاق الفقهاء .

فالنتيجة أن مشارطة التحكيم في العقود الإدارية صحيحة ويلزم الوفاء بما .

(١) ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين ، جـ ٣ص ٣٩٠ ، مرجع سابق .

المطلب الثالث : المقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي :

بعد العرض السابق يمكن ملاحظة ما يلي :

١ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على أن مشارطة التحكيم لا ينص عليها في العقد وإنما تكون بعد وقوع النزاع .

٢ - يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي في أن النظام السعودي اشترط أن تتضمن مشارطة التحكيم عدة أمور حتى تكون صحيحة و لم يشترط الفقه في مشارطة التحكيم شيء من تلك الشروط التي شرطها النظام السعودي ، بل تكون صحيحة متى كانت في مصلحة المتعاقدين ولا تخالف مقتضى العقد .

٣ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على مشروعية مشارطة التحكيم وقوتها الإلزامية.

٤ - نظم النظام السعودي الإطار الإجرائي لعملية أو طريق مشارطة التحكيم بعدة مواد ليضمن سلامة وصحة ومشروعية التحكيم في العقود الإدارية وغيرها من العقود في حين أن الفقه أشار إلى مشروعيتها إذا كانت في مصلحة المتعاقدين ولا تخالف مقتضى العقد

المبحث الثالث

في الطريق الثالث : شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي

ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : مفهوم شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على عدم أخذ الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية

المطلب الثاني: شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ويشتمل على فرعين:

تمهيد :

يشترط النظام السعودي عند لجوء الجهات الإدارية إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية أن تكون هناك موافقة أولية من رئيس مجلس الوزراء .

وهذا الشرط جاء النص عليه في نظام التحكيم السعودي في المادة الثالثة التي نصت على أنه : (لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء ، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم).

كما نصت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على أنه: (في المنازعات التي تكون جهة حكومية طرفاً فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم، يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النـــزاع مبينًا فيها موضوعه ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم ، لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم ، ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم ، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تصدر فيها).

الفرع الأول : مفهوم شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي

سبق وأن بينت أن معنى الشرط (الإلزام) فيكون مفهوم شرط الموافقة الأولية من خلال النظر في المواد السابقة : إلزام الدولة الجهة الإدارية والمتعاقد معها على أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم في العقود الإدارية .

وبذلك يكون لجوء الجهات الحكومية للتحكيم موقوفاً على موافقة رئيس مجلس الوزراء و لم تستثني المادة الثالثة أي نوع من أنواع المنازعات الإدارية ، وسواء كان الطرف الآخر فرداً أو شركة أو مؤسسة خاصة سعودياً أو أجنبياً ، وسواء كان التحكيم في داخل أو خارج المملكة.

وقد قصر النظام موافقة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية على رئيس مجلس الوزراء فقط دون بقية أعضاء المجلس ، وبالتالي فإن له السلطة التقديرية في الموافقة من عدمها .

إلا أن المادة الثالثة أعطت لمجلس الوزراء الحق في تعديل حكم المادة حول هذه الموافقة، فلمجلس الوزراء أن يعطي جهة أو بعض الجهات الإدارية أن تلجأ إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية مباشرة دون الموافقة الأولية من رئيس الوزراء ، وهذا يتم بالتصويت وفقاً لنظام مجلس الوزراء.

كما يفهم من نص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم في المملكة أن لرئيس مجلس الوزراء استثناء بعض العقود من أخذ الموافقة الأولية وذلك بقرار مسبق للجهة الإدارية بالترخيص لها بإنهاء النزاع الناشئ عن العقد عن طريق التحكيم

ولقد استثنى النظام السعودي في أنظمة صدرت حديثاً شرط الموافقة الأولية على التحكيم ، فأعطى للجهة الإدارية الحق باللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري مباشرة دون أخذها الموافقة من رئيس مجلس الوزراء .

فنظام الاستثمار التعديني الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٧ وتاريخ ١٤٢٥/٨/٢٠هـ نص في المادة الثامنة والخمسين على أنه : (يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين مرخص له والوزارة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية ، ولأغراض هذا النظام يعد ديوان المظالم هو الجهة المختصة أصلاً لنظر النـــزاع).

والمقصود بالمرخص له كما جاء في المادة الأولى من النظام أنه : (الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يمنح حقوقاً معينة بموجب هذا النظام).

وهذه الحقوق هي التي يمنح من خلالها المرخص له رخصة لاستطلاع أو كشف أو جمع مواد أو استغلال مواد معدنية ، وبالتالي تكون العلاقة بين المرخص له والدولة علاقة عقدية وتدخل هذه الرخصة ضمن عقود الامتياز الإدارية.

كذلك جاء الاستثناء من شرط الموافقة الأولية للتحكيم في نظام الكهرباء الصادر بالمرسوم م/٥٦ وتاريخ ١٤٢٦/١٠/٢٠هـ الذي نص في المادة الثالثة عشرة الفقرة الثامنة على أنه : (يجوز الاتفاق على تسوية أي نزاع أو خلاف ينشأ بين أي مرخص له والهيئة عن طريق التحكيم وفقاً لأحكام نظام التحكيم)، وجاء في المادة الأولى تعريف المرخص له أنه : (كل شخص يحمل رخصة سارية المفعول صادرة من الهيئة تصرح له القيام بأي نشاط كهربائي) وعرفت الهيئة بأنها : (هيئة تنظيم الكهرباء والإنتاج المزدوج) وعرفت الرخصة بأنها : (إذن ممنحه الهيئة للقيام بنشاط كهربائي بموجب هذا النظام ولوائحه التنفيذية وتنظيم الهيئة).

فالعلاقة التي بين المرخص له وهيئة تنظيم الكهرباء علاقة عقدية وتدخل هذه الرخصة ضمن عقود الامتياز الإدارية.

ولعل الحكمة من أخذ موافقة مجلس الوزراء على لجوء الجهات الحكومية على التحكيم تظهر في عدة أمور منها [1]:

١ - التأكد من أن طبيعة النـــزاع لا تتعارض مع المصلحة العامة أو النظام العام في الدولة.

---

(١) انظر : البحاد. محمد ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٧٧، مرجع سابق ، وانظر: الشيخ، عصمت عبدالله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، ص ٢٢٣، وانظر : الحلو . ماجد راغب ، العقود الإدارية والتحكيم ، ص ١٨٧، مرجع سابق.

٢ - الحد من اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية ، بحيث لا تعطى هذه الموافقة إلا للعقود ذات الاتصال الوثيق بأمور التنمية العامة.

٣ - في كثير من الأحيان يكون التحكيم في منازعات العقود الإدارية بين الجهة الإدارية وشركات أجنبية على عقود تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية ، ولأهمية هذه العقود وقيمتها المالية ، كان من الضروري أخذ الموافقة الأولية على التحكيم.

كما نلاحظ أن نص المادة الثالثة لم يفرق بين العقود الإدارية الداخلية والدولية من حيث أخذ الموافقة الأولية ، حيث قصرها على رئيس مجلس الوزراء.

والباحث يرى أنه من الضروري التفريق بين العقود الإدارية الداخلية والدولية من حيث أخذ الموافقة الأولية حتى يمكن الاستفادة من مميزات التحكيم، ومن ثم أخذ الموافقة على التحكيم في العقود الإدارية الداخلية من الوزير المختص أو من يقوم مقامه وقصر أخذ الموافقة من رئيس مجلس الوزراء أو مجلس الوزراء على التحكيم في العقود الإدارية الدولية، وذلك لكثرة العقود الإدارية الداخلية وقلة العقود الإدارية الدولية من وجه ولوجود العنصر الأجنبي من وجه أخر مما يتطلب معه رقابة السلطة التشريعية في الدولة على العملية التحكيمية .

الفرع الثاني : الآثار المترتبة على عدم أخذ الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية

إذا أدرجت الجهة الإدارية شرط التحكيم في العقد الإداري أو لجأت إلى التحكيم دون مراعاة الموافقة الأولية فلا يخلو الأمر من حالتين :

الحالة الأولى : رفض الجهة الإدارية أخذ الموافقة الأولية من الجهة المختصة بالموافقة

إذا لم تطلب الموافقة الأولية فيجوز لها طلبها ولو أثناء سير إجراءات التحكيم[1] ، فإذا رفضت الجهة الإدارية أخذ الموافقة الأولية فقد اختلف شراح وفقهاء النظام في هذه الحالة إلى آراء منها :

الرأي الأول : أن عدم أخذ الجهة الإدارية الموافقة الأولية يعتبر خطأ مرفقياً[2] من جانبها ويترتب عليه تحمل الجهة الإدارية المسئولية عن الخطأ الذي ارتكبه ممثلي الإدارة

---

(١) انظر: الشيخ . عصمت عبدالله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ص ٢٣٠، مرجع سابق.

(٢) ويقصد بالخطأ المرفقي : (الخطأ الذي ينسب فيه الإهمال أو التقصير فقط إلى المرفق العام ذاته حتى ولو كان الذي قام به مادياً أحد منسوبي المرفق العام إذا لم يعتبر الخطأ شخصياً ، وتقع على الإدارة وحدها المسئولية، وهي التي تتحمل التعويض ، ويكون الاختصاص للقضاء الإداري). وقد أقر ديوان المظالم السعودي فكرة الخطأ المرفقي والخطأ الشخصي المعروفة في الفقه والقضاء المقارن.

ومما يؤكد ذلك قرار ديوان المظالم الصادر في عام ١٣٩٩هـ حيث جاء فيه ما يلي : (يمكن للجهة الإدارية الرجوع بعد ذلك على منسوبيها بالتعويض الذي تدفعه إذا ثبت أنه أحدث خطأ يرقى إلى مرتبة ما يعرف في

لصالح المتعاقد معها ، ويلزمها التعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد معها [١]، ولا يرقى إلى أبطال عقد التحكيم.

الرأي الثاني : أن عملية التحكيم تكون باطلة ولا يصح السير فيها ،لأن أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في المملكة في عملية التحكيم تشابه تصرفات ناقص الأهلية من حيث أن تصرفاته الدائرة بين النفع والضرر موقوفة على إجازة وليه ،فتكون تصرفات الأشخاص الاعتبارية العامة في عملية التحكيم في المملكة موقوفة على إجازة رئيس مجلس الوزراء ولا يعتد بما يصدر عنها في عملية التحكيم[٢] .

ويظهر لي رجحان القول الأول لأسباب منها :

١ - لأنه ما يفهم من نص المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم المملكة ، حيث نصت على أنه : (في المنازعات التي تكون جهة حكومية طرفاً فيها مع آخرين ورأت اللجوء إلى التحكيم، يجب على هذه الجهة إعداد مذكرة بشأن التحكيم في هذا النـــزاع مبيناً فيها موضوعه ومبررات التحكيم وأسماء الخصوم ، لرفعها لرئيس مجلس الوزراء للنظر في الموافقة على التحكيم ، ويجوز بقرار مسبق من رئيس مجلس الوزراء أن يرخص

الفقه والقضاء الإداريين بالخطأ الشخصي ، وبما يتناسب مع هذا الخطأ وخطئه المرفقي إن وجد). انظر: شفيق . علي شفيق ، الرقابة القضائية ، ص ١٨٠، ١٨٣، ١٨٤، مرجع سابق.

(١) انظر: عمر . حمدي علي ، التحكيم في عقود الإدارة ص ١٣٩، مرجع سابق .

(٢) انظر: البحاد ، محمد بن ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٧٩، مرجع سابق .

لهيئة حكومية في عقد معين بإنهاء المنازعات الناشئة عنه عن طريق التحكيم ، وفي جميع الحالات يتم إخطار مجلس الوزراء بالأحكام التي تص ـــدر فيـــها)،حيث أوجبت على الجهة الإدارية وحدها دون المتعاقد معها رفع طلب التحكيم إلى الجهة المسئولة بالموافقة ،وعلى هذا فتكون هي المسئولة عن عدم أخذ الموافقة من رئيس مجلس الوزراء على التحكيم ، ويبقى التحكيم على أصله.

٢ - تقريراً لمبدأ حسن النية ، والمتمثل في اعتقاد المتعاقد مع الجهة الإدارية أنه تم اللجوء إلى التحكيم بعد استيفاء الشروط التي طلبها المنظم من الجهة الإدارية والتي منها أخذ الموافقة الأولية على التحكيم[1] .

٣ - حتى لا يقع المتعاقد مع الجهة الإدارية في لبس واختلاف مما يتسبب في تقليل العلاقات العقدية الأجنبية مع الجهات الإدارية .

---

(١) انظر : الشيخ ، عصمت عبدالله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ص ٢٣٠، مرجع سابق

ثانياً : طلب الجهة الإدارية الموافقة على التحكيم والرفض من قبل الجهة المختصة بمنح الموافقة

اختلف شراح النظام في هذه المسألة إلى آراء منها :

الرأي الأول : إذا طلبت الجهة الموافقة على التحكيم ورفض رئيس مجلس الوزراء وجب عليها عدم السير في التحكيم ، لأن التحكيم في العقود الإدارية يتعلق بالمصالح العامة ورئيس مجلس الوزراء ومجلس الوزراء هم وحدهم من يقرر المصلحة في التحكيم من عدمها [١] ، فإذا سارت في عملية التحكيم كان عملها باطلاً .

الرأي الثاني : أنه يجب على الجهة الإدارية السير في عملية التحكيم ولا تمنع عن اتفاق التحكيم بحجة عدم حصولها على الموافقة الأولية ، لأن ذلك يخالف النظام العام الدولي[٢].

الرأي الأول هو الراجح لأسباب منها:

١ - نص المادة الثالثة من نظام التحكيم في المملكة يؤيده ويدل عليه .

٢ - أن التحكيم في العقود الإدارية يختلف عن بقية العقود لأنها تتعلق بالمصلحة العامة ، ولذا يجب فيها الاحتياط والمراقبة من قبل السلطة العليا في الدولة .

---

(١) انظر : البحاد، محمد بن ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٧٧، مرجع سابق.

(٢) انظر : الشيخ، عصمت عبدالله ، التحكيم في العقود الإدارية ، ص ٢٣٠، مرجع سابق.

٣ - لم يحدد النظام السعودي موقفه من التحكيم الدولي و لم تتضمن نصوص مواد التحكيم في النظام السعودي على ما ينظم التحكيم في العقود التي يكون أحد طرفها أجنبياً .

المطلب الثاني : شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي :

الفقه الإسلامي لا يمنع مثل هذا الشرط إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، لأن الشريعة جاءت لترعى مصالح العباد في المعاش والمعاد ، فكل ما فيه مصلحة للعباد مطلوب، وجاءت الأدلة بطلبه ، وكل ما فيه مفسده ممنوع ومنهي، عنه وتضافرت الأدلة على منعه عن طريق الأوامر والنواهي .

ولا خلاف بين أهل العلم في أن مقصود الشارع من تشريع الأحكام هو مصلحة الفرد والجماعة في الدين والدنيا.

يقول ابن القيم : (إن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد فهي عدل كلها ورحمة كلها وحكمه كلها ومصالح كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة)[1].

---

(١) ابن القيم ، محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين ، جـ٣ ص ٣، مرجع سابق.

ويدخل شرط الموافقة الأولية على التحكيم ضمن ما يعرف عن الأصوليين بالمصالح المرسلة[1]، ولقد اختلف العلماء في حجية المصالح المرسلة المسكوت عنها والتي لم يشهد الشارع باعتبارها ولا بإلغائها على مذهبين أساسيين أذكرها أجمالاً .

المذهب الأول :ذهب جمهور الحنفية[2]

---

(١) ويقصد بها : الوصف الذي يلائم تصرفات الشارع ومقاصده ، ولكن لم يشهد له دليل معين خاص من الشرع باعتبار ولا بإلغاء ، ولكن يحصل من ربط الحكم به جلب مصلحة أو دفع مفسدة وتسمى بالاستصلاح والمناسب المرسل) انظر: الغزالي محمد بن محمد . المستصفى ، جـ ١ ص ١٧٣ ، مرجع سابق، والشاطبي: إبراهيم بن موسى : الاعتصام ، جـ ٣ ، ص ٥، ١٢ ، مكتبة التوحيد ، ضبطه وعلق عليه وخرج أحاديثه أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان .

(٢) الأمام أبو حنيفة لم يصرح بكون المصلح ة المرسلة أحد أصول مذهبه ، إلا أنه يأخذ بالاستحسان، قال الشيخ السرخسي (كان شيخنا الإمام يقول الاستحسان: (ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس) وقيل الاستحسان :(طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى فيه الخاص والعام)وقيل:(الأخذ بالسعة وابتغاء الدعة) وقيل: (الأخذ بالسماحة وابتغاء ما فيه الراحة) وحاصل هذه العبارات أنه ترك العسر لليسر وهو أصل في الدين قال الله تعالى {يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ} البقرة: ١٨٥ ، والقياس والاستحسان في الحقيقة قياسان أحدهما جلي ضعيف أثره فسمي قياسا والآخر خفي قوي أثره فسمي استحسانا أي قياسا مستحسنا فالترجيح بالأثر لا بالخفاء) ويفهم من كلام السرخسي أن الاستحسان عندهم مبني على المصلحة أن مراعاة أحوال الناس والأخذ بالأيسر هو عين المصلحة ومن هنا يمكن القول بأن المصلحة عند الحنفية حجة لكنها ليست دليلاً مستقلاً وإنما تابعة للاستحسان و العرف والقياس ، أنظر الغزالي ، المستصفى ، جـ ١ص ١٧١، مرجع سابق ،والسرخسي ، أبو بكر محمد بن أبي سهل ، المبسوط ، ج ١٠ ص ٢٥٠ ،مرجع سابق .

والمالكية [١] والشافعية [٢] والحنابلة [٣] إلى أنها حجة تثبت بها الأحكام الشرعية في المعاملات والعادات ، ولذا يقول الإمام القرافي [٤] المالكي : (والمنقول أن المصلحة المرسلة خاصة بنا ، وإذا افتقدْتَ المذاهب وجدتم إذا قاسوا وجمعوا وفرقوا بين مسألتين لا يطلبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة ، فهي حينئذ في جميع المذاهب) [٥].

---

(١)انظر : القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، شرح تنقيح الفصول في اختيار المحصول في الأصول ، ص٣٠٦، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٢٤هـ.وانظر: الشاطبي ، إبراهيم بن موسى ، الاعتصام ، حـ ٣ ، ص ١٢ومابعدها، مرجع سابق

(٢) وانظر: الغزالي ، محمد الغزالي، المستصفى ، حـ١ ص ١٧٤وما بعدها ، مرجع سابق .

(٣) وانظر: ابن القيم ، إعلام الموقعين ، حـ ٣ص٣، مرجع سابق . وانظر : ابن تيمية ، مجموع الفتاوى ، حـ١١ص ٣٤٢ وما بعدها .

(٤) القرافي : أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن ، أبو العباس ، شهاب الدين القرافي ، من علماء المالكية وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة ، توفي سنة ٦٨٤هـ ، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول منها : الذخيرة وشرح تنقيح الفصول ومختصر تنقيح الفصول والخصائص في قواعد العربية ، وكان من الباعين في عمل التماثيل المتحركة في الآلات الفلكية . انظر : الزركلي ، الأعلام ، حـ١، ص ٩٤، ٩٥ ، مرجع سابق.

(٥) القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس ، شرح تنقيح الفصول في اختيار المحصول في الأصول ، ص ٣٠٦، مرجع سابق.

المذهب الثاني : ذهب الآمدي من الشافعية[1] وابن قدامه من الحنابلة [2] وابن الحاجب من المالكية[3] ومن وافقهم إلى أن المصلحة المرسلة ليست حجة في أثبات الأحكام الشرعية ولا يجوز التعليل بها مطلقاً.

الأدلة :

أ- أدلة أصحاب المذهب الأول :

١ - حديث معاذ رضي الله عنه حينما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن(فقال له : إن عرض لك قضاء فبم تحكم ؟ قال بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد في كتاب الله ؟ قال : فبسنة رسول الله ، قال : فإن لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : أجتهد رأيي لا آلو ، فضرب رسول الله صلى الله

---

(١) انظر: الآمدي ، علي محمد ، الإحكام في أصول الأحكام ، حـ ٣ ص٣٢٩، دار الكتاب العربي ، بيروت ،١٤٠٤هـ ، تحقيق : سيد الجميلي.

(٢) انظر: ابن قدامه ، عبدالله بن أحمد ، روضة الناظر وجنة المناظر ، ص ١٧٠، جامعة الأمام محمد بن سعود ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ ، تحقيق : عبدالعزيز السعيد .

(٣) انظر: ابن أمير حاج ، محمد بن محمد ، التقرير والتحرير في علم الأصول ،حـ ٣ ص٢٠١، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٧هـ

عليه وسلم على صدره وقال : الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله)[1].

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر معاذاً رضي الله عنه على الاجتهاد ، وهو الاستنباط إذا عدم النص الخاص ، واستنباطه سيكون عن طريق مجموع النصوص والقواعد الكلية في الشريعة والمصالح المرسلة تدخل في ذلك[2].

٢ - عمل الصحابة رضي الله عنهم بالمصلحة المرسلة حق حكي في ذلك إجماعهم [3] ، ومن ذلك:

أ – جمع المصحف في عهد أبي بكر وعثمان رضي الله عنهما ولا مستند

---

(١) رواه الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ماجاء في القاضي كيف يقضي ، حـ ٣ص ٦١٦، برقم (١٣٢٧) من حديث هناد عن وكيع عن شعبه عن رجال من أصحاب معاذ بورواه أبو داود ، كتاب القضاء ، باب اجتهاد الرأي في القضاء ، حـ ٣ ص٣٠٣ ، برقم (٣٥٩٢) ، من حديث حفص بن عمر عن شعبة عن أناس من أهل حمص من أصحاب معاذ ، و لم يعبه بسوى الإرسال ، أنظر ، القاسمي ، علي محمد ، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام ، حـ ٥ ص ٧٨٤، تحقيق د/ حسين آيت سعيد ، دار طيبة ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ

(٢) انظر ، الباحسين ، يعقوب بن عبدالوهاب ، قاعدة المشقة تجلب التيسير ، ص ٣٠٨، مكتبة الرشد ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٦هـ .

(٣) انظر ، الرازي ، فخر الدين محمد بن عمر ، المحصول ، ص ٢١٩، دار الكتب ، مصر

لهم إلا المصلحة ؛ إذ لم يدل عليه دليل خاص ، وقد حصل ذلك باتفاق الصحابة رضي الله عنهم[١].

ب ــ ما فعله عمر رضي الله عنه من تدوين الدواوين ، واتخاذ السـجن[٢] .

٣ــ أن النصوص الشرعية محصورة والحوادث والوقائع غير محصورة ولا بد أن يوجد حكم لله تعالى في كل مسألة فكان لا بد من استنباط الأحكام من روح النصوص وقواعدها الكلية مما يتلاءم مع مقاصد الشارع ، وهذا يكون عن طريق المصالح المرسلة [٣] .

---

(١) انظر ، الشاطبي، الاعتصام ، جـ ٣ ص ١٣ وما بعدها ، مرجع سابق .

(٢) انظر ، الشاطبي، الاعتصام ، جـ ٣ ص ١٦ وما بعدها ، مرجع سابق.

(٣) انظر ، الغزالي ، أبو حامد محمد محمد ، المنخول ، ص ٣٥٧ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٠م .

ب ــ أدلة أصحاب المذهب الثاني :

١ - عدم وجود دليل من الكتاب والسنة يدل على جواز الاحتجاج بها [١] .

وأجيب عنه: بعدم التسليم بانتفاء الدليل مطلقاً ، نعم لا يوجد دليل خاص معين على تلك المصلحة لكن النصوص العامة والقواعد الكلية دلت على اعتبار جنس هذه المصلحة[٢].

٢ - أن المصالح منقسمة إلى قسمين : مصالح معتبرة ومصالح ملغاة ، وما سُكت عنه متردد بين القسمين ، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر [٣] .

وأجيب عنه : بعدم التسليم بأنها مترددة بين القسمين ، وإنما هي ملحقة بالمعتبرة لشهادة النصوص العامة والقواعد الكلية بذلك لملائمتها للمقاصد المعتبرة فهذا يرجح إلحاقها بها دون إلحاقها بالملغاة[٤] .

٣ - أن القول بالمصلحة المرسلة قول بالرأي والهوى والتشهي ، ويلزم منه أن يستغل ذلك أهل الأهواء والأغراض للوصول إلى مآربهم وأغراضهم باسم

---

(١) انظر ، ابن أمير حاج ، محمد بن محمد ، التقرير والتحرير ، جـ ٣ ص ٢٠١ وما بعدها ، مرجع سابق .

(٢) انظر ، الباحسين ، يعقوب بن عبد الوهاب ، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، ص ٢٦٨ ، مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة الرابعة ، ١٤٢٢هـ .

(٣) انظر ، الآمدي، الأحكام ،جـ ٣ ص ٣٢٩، مرجع سابق.

(٤) انظر ، عبادة ، محمد أنيس ، مقاصد الشريعة (المصلحة) ، ص ٩٤ ، دار الطباعة المحمدية ، مصر ، ١٩٦٧م .

المصلحة [١].

وأجيب عنه :بعدم التسليم في ذلك ؛ لأن هذه المصالح مضبوطة بشروط وضوابط معينة منها ملاءمتها للشرع ، ومنها أن تكون في جانب المعاملات والعادات ، ومنها أن يكون القائل بها من أهل الاجتهاد الذي توفرت فيه شروط المجتهد فلا يمكن أن يستغل ذلك أهل الاجتهاد للوصول إلى أغراضهم باسم المصلحة[٢] .

الترجيح

يظهر لي بعد عرض المذاهب في هذه المسألة رجحان المذهب الأول لقوة أدلته ولعمل جمهور الفقهاء بالمصلحة المرسلة بصور مختلفة، ولأن الحاجة قائمة للقول بحجية المصلحة المرسلة خاصة في هذا الوقت الذي كثرت فيه الحوادث والمستجدات .

وبناءً على ما سبق فأن شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية شرط صحيح لدخوله ضمن المصالح المرسلة التي اتفق جمهور الفقهاء على أنها حجة يجب العمل بها .

---

(١) انظر ، الغزالي ، أبو حامد محمد محمد ، المنخول ، ص ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، مرجع سابق.

(٢) انظر ، عبادة ، محمد أنيس ، مقاصد الشريعة ، ص ٩٥ ، مرجع سابق .

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي :

بعد هذا العرض يمكن ملاحظة ما يلي :

١ - نجد أن النظام السعودي اشترط حصول الموافقة الأولية في التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي دون غيرها من العقود وذلك لأن هذه العقود تمس الصالح العام والنظام العام ولذلك احتاط المنظم لها واشترط هذا الشرط حتى يمكن إخضاعها للرقابة من قبل السلطة التشريعية والتأكد من عدم معارضتها للمصلحة العامة والنظام العام وإخضاعها أيضاً للرقابة من قبل السلطة القضائية عن طريق مصادقة الجهة المختصة بالفصل في النـــزاع على التحكيم فيها بعد التأكد من أن عملية التحكيم تمت حسب الأصول المقررة شرعاً ونظاماً ومن ثم إعطاؤها الصيغة التنفيذية ، وما ذلك كله إلا لأهمية هذه العقود وخطورتها على العكس ما كان في زمن الفقهاء حيث كانت هذه العقود نادرة ولا تمثل خطراً على النظام العام والمصلحة العامة، ومن ثم لم يوجد هذا الشرط وإن كانت القواعد العامة تقره .

٢ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على جواز شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية وذلك بالاعتماد على المصالح المرسلة وهي

من المصادر الأصلية للتشريع في المملكة [1] ومن الأدلة التي اتفق الفقهاء على الاعتداد بها في تشريع الأحكام.

(١) انظر: محمد عمران وعمر أبو بكر باعشب، وغيرهما ، المقدمة في دراسة الأنظمة، ص ٩ وما بعدها، مرجع سابق.

الفصل الرابع

تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

المبحث الأول

الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي .

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

المطلب الثاني : الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

نص نظام التحكيم في المملكة على أن الجهة المختصة بتنفيذ أحكام التحكيم هي الجهة المختصة أصلاً بنظر النـــزاع حيث نص المادة الثامنة عشر على أن : (جميع الأحكام الصادرة من المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق يجب إيداعها خلال خمسة أيام لدى الجهة المختصة أصلاً بنظر النـــزاع وإبلاغ الخصوم بصور منها ، ويجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية).

ونصت المادة التاسعة عشر على أنه : (إذا قدم الخصوم أو أحدهم اعتراضاً على حكم المحكمين خلال المدة المنصوص عليها في المادة السابقة تنظر الجهة المختصة أصلاً بنظر النـــزاع في الاعتراض والفصل فيه).

ونصت المادة العشرين على أن: (يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النـــزاع ويصدر هذا الأمر بناء على طلب ذوي الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعاً).

ومن خلال المواد السابقة نجد أن الحكم يكون نهائياً ، إذا لم يتم الاعتراض عليه خلال مدة الخمسة عشر يوماً التي تلي إبلاغ الخصوم بالحكم الصادر من المحكم أو المحكمين وفقاً لما نصت عليه المادة الثامنة عشر أو إذا أعترض أحدهم و رفض الاعتراض

من قبل الجهة المختصة بالفصل في النـــزاع وفقاً لما نصت عليه المادة التاسعة عشر ، وعندها تأمر الجهة المختصة أصلاً بنظر النـــزاع بتنفيذ حكم المحكم أو المحكمين.

وبناءً على المادة الثالثة عشر من نظام ديوان المظالم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٦/١٩هـ والتي تنص على أن : (تختص المحاكم الإدارية في الفصل في الآتي :

و – الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها ...) فإن المحاكم الإدارية هي المختصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية [1] ، وعلى ذلك فإن المحاكم الإدارية هي التي تصدر الأمر بتنفيذ حكم المحكم أو المحكمين في منازعات العقود الإدارية حينما يصبح الحكم نهائياً كما بينا .

---

(١) ويؤيد ذلك نظر ديوان المظالم في قضية التحكيم بين الشركة المولندية وجامعة الملك عبدالعزيز التي سبق بحثها ص ١٣٨وما بعدها من هذا البحث .

المطلب الثاني : الجهة المختصة بتنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي :

إذا أصدر المحكم حكمه وكان موافقاً للشرع ومستكملاً للشروط التي ينص عليها الفقهاء رحمهم الله ، كان هذا الحكم ملزماً لطرفي الخصومة وليس لأحدهما التنصل والرجوع عنه ولا يشترط رضاهما به بعد صدوره لأنه صادر عن ولاية شرعية كولاية القاضي المولى من قبل الإمام[1].

وبهذا فإن حكم المحكم لا يحتاج إلى أمر من الجهة المختصة أصلا بنظر النـــزاع حتى يُنفذ ، ولكن إذا رفض أحد الخصوم تنفيذ حكم المحكم ففي هذه الحالة يمكن للمحكوم له أن يطلب من المحكم كتاباً إلى القاضي المختص لنظر النـــزاع لينفذه له، كما جاء في المغني : (وإذا كتب القاضي (المحكم) بما حكم به كتاباً إلى قاضي من قضاة المسلمين لزمه قبوله ، وتنفيذ كتابه ، لأنه حاكم نافذ الأحكام ملزم قبول كتابه كحاكم الإمام)[2].

---

(١) انظر : ابن نجيم ، البحر الرائق ، جـ ٧ ص٢٧، مرجع سابق ، الزيلعي ، تبيين الحقائق ، جـ ٤ ص١٩٣، مرجع سابق ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ ١ ص ٥٠، مرجع سابق ، والشربيني ، مغني المحتاج ، جـ٤ ص ٣٧٩، مرجع سابق ، وابن قدامة ، المغني ، جـ١٠ص١٣٧، مرجع سابق .

(٢) ابن قدامة ، المغني ، جـ١٠ص١٣٧، مرجع سابق.

وقد قررنا أن العقود الإدارية في الفقه الإسلامي هي العقود التي تبرمها الجهة الإدارية أو من يقوم مقامها مع جهة خاصة[١] ، ولتحديد القاضي المختص بنظر المنازعة في العقود الإدارية نجد أن ولاية القضاء في الفقه تنقسم إلى قسمين [٢]:

١ - القضاء العام : ويختص بجميع أنواع القضايا.

٢ - قضاء المظالم : نوع من أنواع القضاء العام ولا يختلف عنه إلا من حيث الاختصاص.

ولقد حدد الماوردي اختصاص ديوان المظالم في عشرة أقسام [٣]:

القسم الأول : النظر في تعدي الولاة على الرعية وأخذهم بالعسف في السيرة.

القسم الثاني : جور العمال فيما يجبونه من الأموال.

القسم الثالث : كتاب الدواوين.

القسم الرابع : تظلم المسترزقة من نقص أرزاقهم، أو تأخرها عليهم وإجحاف النظر لهم.

القسم الخامس : رد الغصوب ، وهي ضربان : أحدهما غصوب سلطانية وثانيها ما تغلب عليه ذوو الأيدي القوية.

---

(١) انظر: ص ٤٥ من هذا البحث.

(٢) واصل ، نصر فريد ، السلطة القضائية ونظام القضاء الإسلامي في الإسلام ، ص ٨٨ ، المكتبة التوفيقية ، مصر، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ.

(٣) الماوردي ، علي بن محمد بن حبيب ، الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، ص ١٠٧.

القسم السادس : مشارفة الوقوف سواء كانت عامة أو خاصة.

القسم السابع : تنفيذ ما وقف القضاة من أحكام.

القسم الثامن : النظر فيما عجز عنه الناظرون من الحسبة في المصالح العامة.

القسم التاسع : مراعاة العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد وغيرها .

القسم العاشر : النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين فلا يخرج من النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه.

ومن خلال عرض اختصاصات ديوان المظالم في الفقه الإسلامي نجد أن أغلب الاختصاصات تتعلق بمقاضاة رجال السلطات ونوابهم كما تتعلق بتظلم الدولة من تعسف رؤسائهم .

وبناء على ذلك فإن الجهة المختصة بنظر منازعات العقود الإدارية في الفقه الإسلامي هي ديوان المظالم ، وللمحكوم له إذ ا امتنعت الجهة الإدارية عن تنفيذ حكم المحكم أن يطلب من المحكمة كتاباً إلى قاضي المظالم لينفذه له.

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي .

بعد هذا العرض يمكن ملاحظة ما يلي :

١ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي على أن الجهة المختصة بتنفيذ حكم المحكم هي ديوان المظالم ، والمتمثل في المحاكم الإدارية التابعة لديوان المظالم في النظام السعودي وقاضي المظالم التابع لولاية المظالم في الفقه الإسلامي.

٢ - يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي في إجراءات تنفيذ حكم المحكم في العقود الإدارية حيث لا ينفذ حكم المحكم في النظام السعودي إلا بأمر من المحكمة الإدارية بعد أن يصبح نهائياً كما بينا ، بينما حكم المحكم في الفقه الإسلامي ينفذ بمجرد صدوره من المحكم ولا يحتاج إلى أمر من قاضي المظالم لتنفيذه ، إلا في حالة امتناع المحكوم عليه فإن للمحكوم له أن يطلب من المحكم كتاباً إلى قاضي المظالم لينفذه له .

٣ - يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي من حيث مهمة الجهة المختصة بتنفيذ حكم المحكم، حيث إن مهمة المحاكم الإدارية في التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي مراقبة العملية التحكيمية بالإضافة إلى إصدار الحكم بالتنفيذ بعد أن يصبح نهائياً ، حيث تطلب إيداع جميع الأحكام الصادرة من المحكم أو المحكمين ولو كانت صادرة بإجراء من إجراءات التحقيق لديها خلال خمسة أيام ، بينما قاضي ولاية المظالم في الفقه الإسلامي

تنحصر مهمته بالأمر بتنفيذ حكم المحكم في حالة امتناع المحكوم عليه من تنفيذه.

المبحث الثاني

كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي.

الفرع الثاني :الاعتراض على حكم المحكمين ورفض تنفيذه من قبل أحد الأطراف في النظام السعودي.

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي

المطلب الثالث: مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي.

المطلب الأول : تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي ويشتمل على فرعين :

الفرع الأول : إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي .

إذا أصبح الحكم نهائياً كما بينا يكون واجب التنفيذ كما نصت عليه المادة العشرون من نظام التحكيم حيث نصت على أن (يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً ، وذلك بأمر من الجهة المختصة بنظر النـــزاع ويصدر هذا الأمر بناء على طلب أحد ذوي الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعاً).

ومن خلال المادة السابقة ، فإن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي كما يلي :

١ - تقوم المحكمة الإدارية المختصة بنظر المنازعة بالتأكد والتثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذ الحكم شرعاً ونظاماً.

٢ - يصدر الأمر بتنفيذ الحكم بناء على طلب من ذوي الشأن [1]، وبناءاً على ذلك فإنه لا يجوز للمحكمة الإدارية أن تصدر الأمر بالتنفيذ من تلقاء نفسها لأن في

---

(١) المقصود بأحد ذوي الشأن هو كل من له مصلحة في تنفيذ الحكم سواء كان الخصوم أو أحدهم أو الغير الذي قد يكون ورثة أحد الخصوم أو دائنيه أو مدينية أو كفلائه أو ضامنيه أو غيرهم) البحاد محمد بن ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٢٤٠، مرجع سابق .

ذلك مخالفة صريحة لنص المادة وهي آمرة ولا يجوز مخالفتها ، كما يجب على المحكمة الإدارية إذا طلب غير الخصوم تنفيذ الحكم وكان من ذوي الشأن التأكد من أن له مصلحة في تنفيذ الحكم ، وإلا اعتبر هذا الطلب باطلاً ولا يعتد به لمخالفته للنظام[١].

فإذا تأكدت المحكمة الإدارية أن طالب تنفيذ الحكم من ذوي الشأن وأن له مصلحة في تنفيذ الحكم ، وطلب تنفيذه في أي وقت وجب على المحكمة الإدارية إجابة طلبه حيث أن النظام السعودي لم يحدد وقت لطلب إصدار الأمر بتنفيذ الحكم[٢].

فإذا لم يتقدم أحد من ذوي الشأن بطلب إصدار الأمر بالتنفيذ من المحكمة الإدارية ، فإن ذلك لا يبطل الحكم ولا يؤثر في حجته ونفاذه.

٣ - إذا لم ينفذ المحكوم عليه الحكم فإن المحكمة الإدارية تعقد جلسة يحضرها الأطراف وتتأكد أن الحكم حق حضور الجلسة لم ينفذ وبعدها تتأكد من حجية الحكم وسلامته ثم تصدق عليه وتذيله بالصيغة التنفيذية [٣] وهي : (يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا

---

(١) انظر : البحاد ، محمد بن ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٢٤٠، مرجع سابق.

(٢) انظر : آل فريان ، عبدالعزيز بن عبدالرحمن ، التحكيم الوطني والأجنبي ، ص ١٦٠، مرجع سابق.و انظر : البحاد ، محمد بن ناصر ، التحكيم في المملكة ، ص ٢٤٠، مرجع سابق

(٣) انظر : آل فريان ، عبدالعزيز عبدالرحمن ، التحكيم الوطني والأجنبي ، ص ١٦١، مرجع سابق.

القرار بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة)[1].

وبهذا يصبح الحكم سنداً تنفيذاً.

٤ - يجب على كاتب المحكمة الإدارية أن يسلم المحكوم له الصورة التنفيذية للحكم والتي ذيل عليها الصيغة التنفيذية حيث نصت المادة الرابعة والأربعون من اللائحة التنفيذية من نظام التحكيم سعودي على أنه : (متى صدر الأمر بتنفيذ قرار التحكيم أصبح سنداً تنفيذياً ، وعلى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النـــزاع أن تسلم المحكوم له الصورة التنفيذية لقرار التحكيم موضحاً بها الأمر بالتنفيذ ...).

(١) المادة (٤٤) من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

الفرع الثاني :الاعتراض على حكم المحكمين ورفض تنفيذه من قبل أحد الأطراف في النظام السعودي .

أولاً :الاعتراض

إذا تم الاعتراض على حكم المحكمين خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغ الخصوم بأحكام المحكمين ، فإن المحكمة الإدارية المختصة بنظر النـــزاع تنظر في الاعتراض وتقرر إما رفضه وتصدر الأمر بتنفيذ الحكم أو قبول الاعتراض وتفصل فيه ، حيث نصت المادة الثامنة عشر على أنه : (يجوز للخصوم تقديم اعتراضاتهم على ما يصدر من المحكمين إلى الجهة التي أودع لديها الحكم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغهم بأحكام المحكمين وإلا أصبحت نهائية).

ونصت المادة التاسعة عشر على أنه: (إذا قدم الخصوم أو أحدهم اعتراضاً على حكم المحكمين خلال المدة المنصوص عليها في المادة السابقة تنظر الجهة المختصة أصلاً بنـــظر النـــزاع وتقرر إما رفضه وتصدر الأمر بتنفيذ الحكم أو قبول الاعتراض وتفصل فيه).

وفي حالة قبول الاعتراض من قبل المحكمة الإدارية ، فإنها تنظر هذا الاعتراض حسب إجراءات الدعوى المقررة في قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم

الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ[١] حيث يتم نظر نظر الدعوى والحكم فيها من قبل الدائرة المختصة وتشكل الدائرة من رئيس وعضوين[٢]،وهذه المادة لا تتوافق مع النظام الجديد لديوان المظالم حيث نص على أن المحكمة المختصة بنظر دعاوى العقود الإدارية هي المحاكم الإدارية وفقاً لنصت المادة الثالثة عشر التي تنص على أن : (تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي :

د- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها).

وتباشر المحكمة الإدارية اختصاصها من خلال دوائر مختصة تتكون من ثلاثة قضاة، ويجوز أن تتكون من قاض واحد، حيث نصت المادة التاسعة من النظام الجديد على أن : (تباشر المحاكم اختصاصها من خلال دوائر متخصصة تكون على النحو الآتي :

١ دوائر المحكمة الإدارية العليا ، من ثلاثة قضاة.

٢ دوائر محاكم الاستئناف الإدارية من ثلاثة قضاة.

٣ دوائر المحاكم الإدارية من ثلاثة قضاة ، ويجوز أن تكون من قاض واحد.

وتشكل دوائر محاكم الاستئناف الإدارية والمحاكم الإدارية من قبل مجلس القضاء الإداري بناء على اقتراح رؤساء المحاكم).

---

(١) نظراً لعدم صدور قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الجديد المتوافق مع نظام الديوان الجديد ، فسوف اعتمد على القديم في إجراءات التقاضي في العقود الإدارية.

(٢) انظر : المادة الرابعة عشر من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم

ووفقاً للنظام الجديد فإن الدائرة المختصة بنظر دعوى التحكيم في العقود الإدارية هي المحكمة الإدارية ولها أن تشكل دائرة من ثلاثة قضاة ويجوز أن تكون من قاض واحد .

ويحضر الخصوم في الموعد الذي تحدده الدائرة المختصة بنظر الدعوى ، فإذا أمتنع المدعي عن الحضور و لم يقدم عذراً تقبله الدائرة المختصة فإن لها أن تنظر في الدعوى بناء على طلب من المدعى عليه ولها أن تأمر بشطبها ، فإذا شطبت جاز للمدعي أن يطلب النظر فيها وتحدد الدائرة المختصة موعدا جديدا لنظر الدعوى وتبلغ المدعي عليه بالموعد الجديد فإذا أمتنع المدعي عن الحضور شطبت الدعوى ولا تنظر إلا بقرار من هيئة التدقيق مجتمعة [1] والتي حل محلها في النظام الجديد محكمة الاستئناف الإدارية ،حيث نصت المادة الثانية عشر على أن : (تتولى محاكم الاستئناف الإدارية النظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من المحاكم الإدارية ، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم وفق الإجراءات المقررة نظاماً)

فإذا لم يحضر المدعي عليه حددت الدائرة موعدا أخر ويتم أخبار المدعي علية به فإذا لم يحضر في المرة الثانية ،حكمت المحكمة الإدارية في الدعوى وعتبر الحكم حضورياً.

---

(١) انظر : المادة الثامنة عشر من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم

ويصدر الحكم في جلسة علنية إلا إذا رأت المحكمة الإدارية أن يكون سرياً مراعاة للنظام العام أو للآداب وفي جميع الأحوال ينطق بالحكم في جلسة علنية [1].

ويجب أن يشتمل إعلان الحكم على ما يلي :

١- الأسباب التي بني عليها وبيان مستنده.

٢- الدائرة التي أصدرته ، وتاريخ إصداره ومكانه.

٣- نوع الدعوى .

٣- أسماء أعضاء الدائرة الذين سمعوا المرافعة.

٤- أسماء أطراف الدعوى وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم أو غيابهم وأسماء ممثليهم وما قدموه من طلبات أو دفوع وما استندوا إليه من أدلة.

وتوقع نسخة إعلام الحكم الأصلية من رئيس وأعضاء الدائرة ومن أمين سرها وذلك خلال خمسة عشر يوماً وفي حالة تشكيل الدائرة من عضو واحد توقع نسخة إعلام الحكم الأصلية منه وأمين سر الدائرة.

وتحفظ نسخة إعلام الحكم الأصلية الموقعة في ملف الدعوى وتسلم نسخة من إعلام الحكم مختومة بختم الدائرة وموقعة من رئيس الدائرة وأمين سرها لكل ذي علاقة.

وعلى الدائرة التي أصدرت الحكم أن تعلم المحكوم عليه بعد تسليمه نسخة إعلام الحكم بأن له أن يطلب تدقيق الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمه نسخة إعلام الحكم ،

---

(١) المادة الخامسة عشر من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم

وأنه إذا لم يطلب تدقيق الحكم خلال تلك المدة فإن الحكم يكون في حقه نهائياً وواجب النفاذ[1].

هذا في حالة إذا كان المحكوم عليه غير الجهة الإدارية أما إذا كان المحكوم عليه الجهة الإدارية وصدر الحكم ضدها أو في غير صالحها فلا بد من تدقيق الحكم ، حيث نصت المادة الرابعة والثلاثون على أن : (الأحكام الصادرة في الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (جـ) (د) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم على خلاف ما طلبته الجهة الإدارية أو في غير صالحها لا تكون نهائية وواجبة النفاذ إلا بعد تدقيقها)[2].

ووفقاً للنظام الجديد فإن المحكمة المختصة بالتدقيق في أحكام المحكمة الإدارية هي

---

(١) انظر :المادة الحادية والثلاثون من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم .

(٢) نصت المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم القديم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٧هـ على أن : (يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي :

ج – دعاوى التعويض من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها.

د – الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية طرفاً فيها .

محاكم الاستئناف، وعلى ذلك فإنه يجب على المحكمة الإدارية ، إذا صدر الحكم ضد الجهة الإدارية أو في غير صالحها أن ترفع الدعوى من تلقاء نفسها إلى محكمة الاستئناف لتدقيق الحكم والنظر فيه مرة أخرى.

وفي حالة إذا كان المحكوم عليه غير الجهة الإدارية وطلب تدقيق الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمه نسخة إعلام الحكم، فإنه يترتب على قبول طلب التدقيق أن تقوم دائرة التدقيق المختصة بتأييد الحكم أو نقضه وإذا نقضته فلها أن تعيده إلى الدائرة التي أصدرته أو تتصدى لنظر القضية ، وإذا أعادته إلى الدائرة التي أصدرته وأصرت تلك الدائرة على حكمها فعلى دائرة التدقيق أن تتصدى لنظر القضية إن لم تقتنع بوجهة نظر تلك الدائرة . وفي كل الأحوال التي تتصدى فيها دائرة التدقيق لنظر القضية يجب أن يتم الفصل فيها بعد سماع أقوال الخصوم.

ويجوز لدائرة التدقيق إجراء ما ترى لزومه من المعاينة أو الاستعانة بالخبرة ، ويكون حكم دائرة التدقيق في جميع الأحوال نهائياً[1].

والجدير بالذكر أن هذه المادة لا تتماشى مع نظام الديوان الجديد ، حيث أن المحكمة المختصة بقبول الاعتراض على حكم المحكمة الإدارية هي محكمة الاستئناف ، حيث

---

(١) المادة السادسة والثلاثون من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم .

نصت المادة الثانية عشر من نظام ديوان المظالم الجديد على أن : (تتولى محاكم الاستئناف الإدارية النظر في الأحكام القابلة للاستئناف من المحاكم الإدارية . وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم وفق الإجراءات المقررة نظاماً) ، وعلى ذلك فإن للمحكوم عليه إذا كان غير الجهة الإدارية أن يطلب تدقيق الحكم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه نسخة إعلام الحكم لدى محاكم الاستئناف وتقوم بالنظر في الدعوى والحكم فيها بعد سماع أقوال الخصوم مرة أخرى وفق الإجراءات المتبعة نظاماً .

كما يجوز الاعتراض على حكم محكمة الاستئناف أمام المحكمة الإدارية العليا ، حيث نصت المادة الحادية عشرة من نظام ديوان المظالم الجديد على أن :

(تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي :

أ- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية ، أو الأنظمة التي لا تتعارض معها أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها ، بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا.

ب - صدوره عن محكمة غير مختصة.

جـ - صدوره عن محكمة غير مكونة وفقاً للنظام.

د - الخطأ في تكييف الواقعة ، أو في وصفها .

هـ - فصله في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين طرفي الدعوى.

و – تنازع الاختصاص بين محاكم الديوان).

وهذه خطوة جديدة لم تكن في النظام القديم حيث كان حكم دائرة التدقيق في جميع الأحوال نهائياً ، و لم يحدد النظام المدة التي يرفع فيها الاعتراض إلى المحكمة الإدارية العليا ، وهذا ما يتطلب سرعة إصدار قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم المتفق مع النظام الجديد.

وللمحكوم عليه غيابياً أن يطلب من رئيس الديوان أو من ينيبه إعادة النظر في الحكم الصادر ضده خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بالحكم.

ويحيل رئيس الديوان أو من ينيبه الطلب إلى الدائرة التي أصدرت الحكم لإعادة المحاكمة في مواجهة المنهم[1].

ويجوز للمحكمة الإدارية المختصة بنظر النـــزاع في العقود الإدارية أن تحكم ببطلان الحكم التحكيمي من تلقاء نفسها في حالات منها :

الحالة الأولى : إذا كان الاتفاق على التحكيم ممن لا أهلية له في التصرف كعديم الأهلية أو ناقصها[2].

---

(١) المادة الأربعون من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم

(٢) انظر :المادة الثانية من نظام التحكيم والمادة الثانية من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

الحالة الثانية : إذا كان الموضوع الذي تضمنه الحكم لا يدخل في نطاق اتفاق التحكيم أو غير محدد فيه[١].

الحالة الثالثة : إذا خالف المحكم أو المحكمون الإجراءات التي نص عليها نظام التحكيم[٢] .

ثانياً الرفض :

إذا أصبح الحكم التحكيمي نهائياً وصدق عليه الديوان وقام بتذييله بالصيغة التنفيذية فإن الحكم التحكيمي يكتسب القوه التنفيذية التي تخول بالتنفيذ الجبري ، وتخول المحكوم له بالتنفيذ الجبري عن طريق السلطة العامة تحت أشراف القضاء ورقابته [٣] ، حيث نصت المادة العشرين من نظام التحكيم السعودي على أنه : (يكون حكم المحكمين واجب التنفيذ عندما يصبح نهائياً وذلك بأمر من الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع ويصدر هذا الأمر بناء على طلب ذوي الشأن بعد التثبت من عدم وجود ما يمنع من تنفيذه شرعاً)، ونصت المادة الحادية والعشرين على أنه : (يحتر الحكم الصادر من المحكمين بعد إصدار الأمر بتنفيذه حسب المادة السابقة في قوة الحكم الصادر من الجهة التي أصدرت الأمـر بالتنفيذ) ، كما نصت المادة الأربعة والأربعون من اللائح ة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي على ذلك حيث نصت على أنه : (متى صدر الأمر بتنفيذ قرار التحكيم أصبح

---

(١) انظر :المادة السادسة من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم .

(٢) انظر: آل فربان، عبدالعزيز بن عبدالرحمن ، التحكيم الوطني والأجنبي ، ص ١٦٨ ، مرجع سابق.

(٣) انظر: آل فربان ، عبدالعزيز بن عبدالرحمن ، التحكيم الوطني والأجنبي ، ص ١٨٦،١٨٧ ، مرجع سابق.

سنداً تنفيذياً وعلى كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع أن تسلم المحكوم له الصورة التنفيذية لقرار التحكيم موضحاً بها الأمر بالتنفيذ مذيلة بالصيغة الآتية :

(يطلب من كافة الدوائر والجهات الحكومية المختصة العمل على تنفيذ هذا القرار بجميع الوسائل النظامية المتبعة ولو أدى ذلك إلى استعمال القوة الجبرية عن طريق الشرطة).

المطلب الثاني : كيفية تنفيذ حكم التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي

إذا صدر حكم المحكمين وجب على أطراف الخصومة تنفيذ حكمه ولا يشترط رضاهما لأنه صادر عن ولاية شرعية كولاية القاضي المولى من قبل الإمام وعلى ذلك فإن حكم المحكمين في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي يكون نهائياً بمجرد صدوره وواجب التنفيذ ولا يحتاج إلى إجراءات أخرى ، وهذا ما اختاره مجمع الفقه الإسلامي حيث نص في قراره رقم (٩١) على أن : (الأصل أن يتم تنفيذ حكم المحكم طواعية فإن أبى المحتكمان عرض الأمر على القضاء لتنفيذه وليس للقضاء نقضه ما لم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لشرع[١] وإن خالف الأصول الشرعية فله نقضه[٢].

فإذا رفض أحد الخصوم تنفيذ حكم المحكم ففي هذه الحالة يمكن للمحكوم له أن يطلب من المحكم كتاباً إلى القاضي المختص لنظر النـــزاع لينفذه له، كما جاء في المغني :

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي بجده رقم (٦١) بتاريخ ذي القعدة ١٤٢٥هـــ.

(٢) حيدر، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، جـــ٤ ص ٦٤٤ ، ٦٦٥ ، مرجع سابق.

(وإذا كتب القاضي (المحكم) بما حكم به كتاباً إلى قاضي من قضاة المسلمين لزمه قبوله ، وتنفيذ كتابه ، لأنه حاكم نافذ الأحكام ملزم قبول كتابه كحاكم الإمام) [١].

وعند الحنفية إذا وافق مذهب القاضي أمضاه وإذا خالف مذهبه أبطله، كما جاء في فتح القدير : (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه وإن خالفه أبطله) [٢].

وعند المالكية يلزم حكم المحكم وأن خالف قاضي البلد[٣].

وعند الشافعية لا ينقض حكم المحكم إلا حيث ينقض حكم القاضي المولى من قبل الإمام[٤].

وعلى هذا فقد اختلف الفقهاء في تنفيذ حكم المحكم ونقضه على قولين :

١- القول الأول : ذهب إليه المالكية[٥] والشافعية[٦]

---

(١) ابن قدامة ، المغني ، جـ١٠ص١٣٧، مرجع سابق.

(٢) ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبدالرحمن السيوسي ، شرح فتح القدير ، جـ٧ ص ٢٩٧، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٤هـ ، على الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ، علق عليه وأخرج آياته وأحاديثه : عبدالرزاق المهدي.

(٣) القرافي ، الذخيرة ، جـ١ص ٣٥، مرجع سابق .

(٤) الشربيني ، مغني المحتاج ، جـ٤ ص ٣٧٩ ، مرجع سابق .

(٥) القرافي ، الذخيرة ، جـ١ص ٣٥، مرجع سابق .

(٦) الشربيني ، مغني المحتاج ، جـ٤ ص ٣٧٩ ، مرجع سابق .

والحنابلة[١].

أن على القاضي تنفيذ حكم المحكم ولا ينقضه وإن خالف مذهبه، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية والحنابلة و استدلوا بأدلة منها :

١- ما روي عن عبدالله بن حراد قال : قال رسول ﷺ أنه قال : (من حكم بين اثنين تراضيا به ، فلم يعدل فعليه لعنة الله) [٢]وهو دليل على جواز التحكيم والإلزام بحكم المحكم، ووجه الدلالة أن النبي رتب الوعيد الشديد على من لا يعدل بين الخصمين فدل على لزوم حكمه وإلا لما لعن مع أن لهما ترك حكمه إذا كان فيه ظلماً وجوراً[٣].

٢- ما روي عن ابن أبي مليكة أن عثمان ﷺ ابتاع من طلحة ﷺ أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة فلما تباينا ندم عثمان ثم قال : بايعتك ما لم أره؟ فقال طلحة ﷺ : إنما

---

(١) ابن قدامة ، المغني ، جـ١٠ص١٣٧، مرجع سابق.

(٢) أخرجه ابن الملقن ، سراج الدين عمر بن أحمد ، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير ، جـ٩ص٥٥٤ ، حديث رقم ١٤، دار الهجرة ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٥هـ تحقيق: مصطفى أبو الغيط وغيره ، قال ابن الملقن :(هذا حديث غريب لا يحضرني من أصحاب الكتب المعتمدة ولا غيرها ، وذكره ابن الجوزي في تحقيقه عن بعض أصحابهم فقال: مسألة يصح التحكيم خلافاً لأحد قولي الشافعي، ثم لنا ما روى أبو بكر بن عبدالعزيز من أصحابنا من حديث عبدالله بن حراد فقال: قال رسول الله ﷺ: (من حكم بين اثنين تحاكما إليه وارتضيا به، فلم يقل بينهما بالحق فعليه لعنة الله) قلت : هذا الحديث لا يصح للاحتجاج به لأنه ، من نسخة ابن حراد وهي نسخة باطلة).

(٣) البهوتي ، كشاف القناع ، جـ٩ ص٣٠٩، مرجع سابق.

النظر لي إنما ابتعت مغيباً وأما أنت فقد رأيت ما ابتعت ، فجعلا بينهما حكماً فحكما جبير بن مطعم ﷺ فقضى على عثمان ﷺ أن البيع جائز ، وأن النظر لطلحة ﷺ أنه ابتاع مغيباً[١].

ووجه الدلالة : أن عثمان ﷺ وهو والياً للمسلمين وطلحة ﷺ حكما جبير بن مطعم ﷺ وهو ليس قاضياً وقبلا حكمه و لم ينقضاه فدل على أن حكم المحكم لا ينقض ويلزم تنفيذه بعد صدوره[٢].

٣- أنه عقد يجب الوفاء به كما قال تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾[٣] .

٤- قياس حكم المحكم على حكم القاضي ومعه قاضٍ آخر في البلد : بجامع أن لكل منهما ولاية شرعية فلا ينقض حكم المحكم كما لا ينقض حكم القاضي آخر مولى من قبل الإمام[٤].

---

(١) رواه البيهقي ، كتاب البيوع ، باب بيع خيار الرؤية، جـ٤ ص٢٧٣ .رقم (٣٣١٠)

(٢) القرافي ، الذخيرة ، جـ١٠ ص٣٥ ، مرجع سابق.

(٣) سورة المائدة آية رقم : (١)

(٤) القرافي ، الذخيرة ، جـ١ص٣٥، مرجع سابق.

القول الثاني : ذهب إليه الحنفية[١]:

بأن حكم المحكم إذا رفعه إلى القاضي ينفذه إذا وافق مذهبه وإذا خالف مذهبه أبطله وهو ما عليه الحنفية واستدلوا على ذلك :

بأن حكم المحكم لا يلزم القاضي لعدم التحكيم منه بخلاف حكم قاضي ثاني فإنه لا يبطله، وإن خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاضٍ آخر أن يرده[٢].

ويجاب على هذا الدليل :

بأن للمحكم ولاية شرعية كقاضي آخر مول من قبل الإمام وبالتالي فإن حكمه حجة ولا يصح إبطاله.

والراجح من وجهة نظري هو القول الأول وهو : أن حكم المحكم لا ينقض إذا رفعه المحكم إلى القاضي المختص بنظر النـــزاع إلا أن يكون ظلماً بيناً لم يختلف فيه أهل العلم ، ويجب عليه تنفيذ حكمه لقوة ما استدلوا به ولأن ولاية المحكم ولاية شرعية كولاية

---

(١) ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبدالرحمن السيوسي ، شرح فتح القدير ، جـــ٧ ص ٢٩٧، مرجع سابق.

(٢) انظر: البابرتي ، محمد بن محمد ، شرح العناية على الهداية مع شرح فتح القدير ، جـــ ٧ ص ٣١٧، ٣١٨، مرجع سابق.

القاضي المولى من قبل الإمام فلا ينقض حكمه إلا بما ينقض حكم القاضي المولى من قبل الإمام.

وعلى ذلك فإن على المحكم أن يبادر إلى رفع الحكم إلى القاضي حتى يغلق على المحكوم عليه باب المماطلة في التنفيذ، وهذا ما عمله سعد بن معاذ عندما رفع حكمه في بني قريظة ، إلى قاضي الأمة محمد ﷺ فسدد الرسول حكم سعد وأمضاه [١]، وعلى القاضي أن يصدق حكم المحكم إذا كان موافقاً للأصول الشرعية، وفائدة ذلك أنه لو عرض هذا الحكم على قاضٍ آخر يخالف رأيه واجتهاده رأى المحكم فليس له نقضه لان إمضاء وقبول القاضي لحكم المحكمة هو بمنـــزلة الحكم ابتداء من القاضي، وإن خالف الأصول الشرعية فله نقضه [٢].

وللمحكوم له أن يلجأ إلى قاضي ولاية المظالم لتنفيذ حكم المحكمة إذا امتنعت الجهة الإدارية عن تنفيذ حكم المحكمة بالتراضي ، وللمحكوم عليه حق الطعن في الحكم لدى قاضي ولاية المظالم وطلب نقضه إذا كان له حجة وللقاضي النظر في طلبه ، وإما إذا لم تكن له حجة فإن القاضي لا ينظر إليه [٣].

---

(١) انظر: السوسوه ، عبدالمجيد محمد، أثر التحكيم في الفقه الإسلامي ، ص ١٢٥، مجلة الشريعة والقانون ، العدد الثاني والعشرون ، ذو القعدة ، ١٤٢٥هـ.

(٢) حيدر ، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، جـ٤ ص ٦٤٤و ٦٦٥ ، مرجع سابق .

(٣) انظر : السوسوه ، عبدالمجيد محمد ، أثر التحكيم في الفقه الإسلامي ، ص ١٢٥، مرجع سابق.

ولقاضي ولاية المظالم نقض الحكم من تلقاء نفسه ، ولأطراف الخصومة نقض الحكم في الحالات التي يجوز فيها نقض حكم القاضي المولى من قبل الإمام ومنها :

١ - إذا تضمن الحكم ظلماً لا خلاف بين أهل العلم فيه أو خالف نصوص الكتاب والسنة أو الإجماع أو القواعد المقررة شرعاً [١]، ولذا فإن على القاضي أن يفحص الحكم فإن كان موافقاً للقواعد الشرعية صدقه وأمضاه وإذا خالف القواعد الشرعية أبطله وألغاه بما له من سلطة وولاية عامة في الفصل في الخصومات ويؤيد ذلك ما جاء في درر الحكام شرح مجلة الأحكام : (إذا عرض حكم المحكم على القاضي المنصوب من قبل السلطان أو على محكم ثان ليدقق الحكم مرة ثانية فإذا كان موافقاً للأصول صدقه لأنه لا فائدة من نقض الحكم الموافق للأصول والحكم ثانية بذلك)[٢].

٢ - إذا حكم المحكم لنفسه[٣] أو أحد والديه أو أحد أولاده أو لزوجته أو من لا تقبل شهادته له ،لأنه متهم فمنع عن الحكم من باب حياد الحكم ليكون أقرب

---

(١) انظر: ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيوسي ، شرح فتح القدير ، جـ ٧ ص ٢٩٧ ، مرجع سابق ، وابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ١ ص ٥١.

(٢) حيدر، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، جـ٤ ص ٦٤٥، مرجع سابق.

(٣) ذهب بعض أهل العلم إلى جواز حكمه لنفسه أو عليها لأن تحكيم الخصم خصمه ليس كتحكيم خصم القاضي، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ١ ص ٥١، مرجع سابق .

وإذا جاز أن يحكم لنفسه جاز أن يحكم على أصوله وفروعه وزوجته من باب أولى.

إلى الحق والصواب[1].

٣- إذا تعدى حكمه أطراف النـــزاع ، لأن حكمه قاصر على الخصمين ولا يسري حكمه على غيرهما، لأن توليته الشرعية حصلت برضاهما واتفاقهما عليه و ليس له ولاية على غيرهما[2].

٤- إذا تعدى حكمه إلى منازعة غير التي حَكَّم فيها ، لأنه ليس له أن يتعدى ما حَكَّم فيه إلى غيره ، جاء في درر الحكام شرح مجلة الحكام : (لا يجوز ولا ينفذ حكم المحكمة إلا في حق الخصمين اللذين حكماه وفي الخصوص الذي حكمه به الخصمان فقط ولا يتجاوز إلى غير الخصمين ولا يشمل خصوصياتها الأخرى أي الخصومات التي لم يُحكَّما بها)[3].

---

(١) انظر : ابن الهمام ، شرح فتح القدير ، جـ٧ ، ص ٣٠٠، مرجع سابق ، وابن قدامة ، المغني ، جـ ١٠ص ١٣٦، مرجع سابق ، والماوردي ، الأحكام السلطانية ، ص ١٠، مرجع سابق .

(٢) ابن نجيم ، البحر الرائق ، جـ٧ ص ٢٦، مرجع سابق ، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، جـ ١ ص ١٥٠ مرجع سابق، وانظر : حيدر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، جـ٤ص ٦٤١، مرجع سابق .

(٣) حيدر ، علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، جـ٤ ص ٦٤١، مرجع سابق .

٥- إذا لم يكن المحكم صحيح التولية وفق الشروط الشرعية[1].

(١) اختلف العلماء في شرط تولية المحكم . فذهب جمهور العلماء إلى أنه يشترط في المحكم ما يشترط في القاضي المولى من قبل الإمام ، لأن المحكم صار بالتحكيم قاضياً وحكمه ملزماً لحكم القاضي وذهب بعضهم إلى أنه لا يشترط في المحكم جميع الشروط التي يجب توفرها في القاضي لأن التحكيم من باب الوكالة والوكيل لا يشترط فيه شروط القاضي ، وعلى ذلك فقد اتفق العلماء على أنه يشترط في المحكم البلوغ والعقل والإسلام إذا حكم بين المسلمين واختلفوا في اشتراط العدالة والذكورة والاجتهاد وسلامة الحواس فذهب الجمهور إلى اشتراطها و لم يشترطها بعض العلماء .

انظر في تفصيل ذلك : ابن نجيم ، البحر الرائق ، حـ ٧ ص ٢٤، مرجع سابق ، الحصكفي، محمد علاء الدين بن علي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، حـ ٥ ص٤٢٨ ، دار الفكر ، بيروت، ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، حـ ١ ص ٥٠، مرجع سابق ، النووي ، منهاج الطالبين ، حـ ١ص١٤٨، مرجع سابق، الشربيني ، مغني المحتاج ، حـ٤ ص ٣٧٨ ، مرجع سابق ، البهوتي، كشاف القناع، حـ ٦ ، ص٣٠٩ ، مرجع سابق ، ابن عثيمين ، محمد بن صالح ، الشرح الممتع على زاد المستقنع ، حـ ١٥ ص٢٨٦

المطلب الثالث : مقارنة بين النظام السعودي والفقه الإسلامي :

بعد العرض السابق يمكن ملاحظة ما يلي :

١ - يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي من حيث إجراءات تنفيذ الحكم بعد أن يصبح نهائياً قابلاً للتنفيذ ورضي أطراف النـــزاع به ، حيث يشترط النظام لتنفيذه أن يرفع إلى المحكمة الإدارية المختصة بالفصل في النـــزاع ثم تقوم بالتثبت بعدم وجود ما يمنع من تنفيذه نظاماً وشرعاً ثم تأمر بتنفيذه بناءً على طلب ذوي الشأن ، بينما في الفقه الإسلامي إذا صدر حكم المحكم وقبل به الأطراف وجب عليهم تنفيذه ولا يحتاج إلى إجراءات أخرى.

٢ - توسع النظام السعودي في طلب تنفيذ حكم المحكم حيث جعله لأطراف النزاع ولكل من له مصلحة في تنفيذ حكم المحكم بعد التأكد من قبل المحكمة الإدارية بأن له مصلحة فعلية في ذلك ، بينما قصر الفقه الإسلامي طلب تنفيذ الحكم على أطراف النـــزاع و لم يتسع في ذلك .

٣ - يختلف النظام السعودي عن الفقه الإسلامي من حيث الإجراءات في حالة رفض أحد الأطراف لتنفيذ حكم المحكم أو المحكمين في العقود الإدارية ، ففي النظام السعودي ترفع دعوى وتقيد لدى المحكمة الإدارية وينظر إليها من خلال قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم ، بينما في الفقه الإسلامي لا ترفع على أنها دعوى جديدة بل ينظر فيها القاضي مباشرة فإذا

كان الاعتراض صحيحاً أبطل حكم المحكم وإذا كان غير صحيح أمر بتنفيذ الحكم وصدقه.

٤ - يحق للمحكوم عليه إذا كان غير جهة الإدارة الاعتراض على الحكم عدة مرات في النظام السعودي كما يلي :

أ) على حكم المحكم أو المحكمين ، وقرر النظام مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ إبلاغه بالحكم للاعتراض عليه ورفعه إلى المحكمة الإدارية .

ب) على الحكم الصادر من المحكمة الإدارية ، وقرر النظام مدة ثلاثين يوماً من تاريخ تسليمه نسخة إعلام الحكم ورفعه إلى محكمة الاستئناف .

جـ) على الحكم الصادر من محكمة الاستئناف ، خلال مدة لم يقررها النظام بعد لعدم صدور قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الجديد المتفق مع نظام الديوان الجديد ، ورفعه إلى المحكمة الإدارية العليا ، لتنظر في الدعوى وتصدر حكمها النهائي ويكون واجب التنفيذ .

بينما يحق للمحكوم عليه في الفقه الإسلامي الاعتراض على الحكم مرة واحدة امام قاضي ولاية المظالم إذا كان لديه حجة ، وينظر فيها القاضي فإن كانت حق قبلها ونظر فيها وإن كانت باطلاً رفضها وأمر بتنفيذ الحكم وصدقه.

ولا شك أن تعدد مراحل التقاضي أفضل لما فيها من التأكد والنظر في الدعوى أكثر من مرة وهذا أدعى لظهور الحق والبعد عن الظلم واستقرار نفس المحكوم عليه بالحكم.

٥- في النظام السعودي يحق للجهة الإدارية الاعتراض على حكم المحكم لدى المحكمة الإدارية وإذا أصدرت حكمها على خلاف ما طلبته الجهة الإدارية أو في غير صالحها فلا يكون نهائياً واجب التنفيذ إلا بعد تدقيقه ، ولذا فإنه يجب على المحكمة الإدارية أن ترفعه إلى محكمة الاستئناف للنظر فيه وإصدار الحكم ، وإذا صدر الحكم هل يكون واجب التنفيذ أم يحق لها الاعتراض عليه أمام المحكمة الإدارية العليا ، لتصدر حكمها حسب درجات التقاضي في النظام الجديد ؟ هذه من الأمور التي تحتاج إلى بيان وتوضيح في قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الجديد.

بينما في الفقه الإسلامي يحق للجهة الإدارية الاعتراض على حكم المحكم لدى قاضي ولاية المظالم وإذا أصدر حكمه على خلاف ما طلبته الجهة الإدارية أو في غير صالحها فإنه يكون نهائياً واجب التنفيذ .

وما ذهب إليه النظام السعودي من حيث وجوب تدقيق الحكم أفضل بلا شك لأن الحكم ضد الجهة الإدارية يتعلق بالصالح العام ولذا كان من الواجب الاحتياط والتأكد من الحكم حتى لا يضر بالمصلحة العامة.

٥ - يتفق النظام السعودي والفقه الإسلامي بأن للقاضي الاعتراض على حكم المحكمة من تلقاء نفسه في حالات حددها النظام والفقه الإسلامي سبق بيانها.

الخاتمة والتوصيات

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبة أجمعين ، وبعد:

فلقد توصلت من خلال هذا البحث إلى نتائج وتوصيات من أهمها ما يأتي :

أولاً النتائج :

١. أن التحكيم في النظام السعودي هو : (وسيلة من الوسائل التي بموجبها يفصل في المنازعات ، يختارها المتنازعون للفصل في النزاع الناشئ بينهم عن طريق طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين (محكم أو محكمين) للبت فيه دون اللجوء إلى الجهة المختصة أصلاً بالفصل في مثل هذا النوع من المنازعات و في حالة اختيار أكثر من شخص يجب أن يكون عددهم وتراً).

٢. أن التحكيم في الفقه الإسلامي يقصد به : (تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما).

٣. يمكن تعريف العقد الإداري في النظام السعودي بأنه: العقد الذي تبرمه الحكومة أو أحد أشخاصها العامة، بقصد إدارة مرفق عام بشكل يضمن سيره بانتظام واطراد، أخذه في تعاقدها بوسائل النظام العام.

٤. أن العقد الإداري في النظام السعودي هو : (عقدٌ تبرمه الجهة الإدارية أو من يقوم مقامها مع جهة خاصة، لتسيير مرفق عام، مستخدمةً سلطتها الإدارية)

٥- عناصر العقد الإداري في النظام السعودي والفقه الإسلامي تدور حول أربعة عناصر هي:

١ جهة إدارية أو من يقوم مقامها.

٢ جهة خاصة تتمثل في الجهة التي تتعاقد مع الجهة الإدارية.

٣ محل العقد تسيير مرفق عام يحقق المصلحة العامة.

٤-استخدام جهة الإدارة سلطتها الإدارية في تنفيذ العقد

٦- تميز التحكيم واستقلاله عن القضاء الإداري والصلح في النظام السعودي والفقه الإسلامي ، مما يجعله وسيلة مستقلة لفصل المنازعات والخصومات واختصاصه بإجراءات وأحكام خاصة به .

٧- الأصل في التحكيم في النظام السعودي أنه اختياري ولا يجبر عليه في أي حاله من الحالات .

٨- من أنواع التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي التحكيم الموقت والدائم ، فالموقت الذي تكون ولاية المحكم فيه محدده بوقت تنتهي ولايته بانتهاء هذا الوقت ،والدائم تكون ولاية المحكم غير مقيدة بوقت .

٩- من أنواع التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي التحكيم المقيد والتحكيم بالصلح ، فالمقيد الذي يتضمن شروط في إجراءات التحكيم ،وخلصنا إلى أن هذه الشروط إذا كانت من مقتضى العقد وفي صالحه فلا مانع منها ، والتحكيم

بالصلح يلزم الأطراف بتوكيل المحكمين بالصلح والتوفيق بينهما وفقاً لقواعد العدل والإنصاف ويكون حكمهما ملزماً للطرفين .

١٠- تتعدد صورات التحكيم في النظام السعودي والفقه الإسلامي ، وهذا يدل على أن التحكيم وسيلة ناجحة للفصل في المنازعات بشكل عام وفي منازعات العقود الإدارية بشكل خاص .

١١- مر التحكيم في العقود الإدارية في المملكة بثلاث مراحل هي :

أ -ما قبل صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ.

ب - بعد صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) وتاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ.

ج – صدور نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ٤٦/ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ.

١٢- اتفق الفقهاء على جواز التحكيم في العقود الإدارية .

١٣ ـ يقصد بالمنازعة الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي : الخلاف الذي يقع بين الجهة الإدارية والمتعاقد معها ويتولى ديوان المظالم النظر فيه .

١٤- يكون العقد عقد أشغال عامة في النظام السعودي إذا توفرت فيه ثلاثة عناصر وهي :

١ أن ينص موضوع العقد على عقار .

٢ أن يكون العمل لحساب شخص معنوي .

٣ -أن يحقق العقد منفعة عامة .

١٥ـ يتفق تعريف عقد الأشغال العامة في النظام السعودي مع تعريف الأحر المشترك في الفقه الإسلامي بوجه عام ، على أنه عقد على منفعة في الذمة مضبوط بأوصاف محدودة في العقد .

١٦ ـ بعد دراسة قضية الشركة الهولندية (حيم بي بي) مع جامعة الملك عبد العزيز توصلت إلى :

١ أن هذا العقد من عقود الأشغال العامة .

٢ عدم صحة ما انتهى إليه ديوان المظالم من عدم صحة التحكيم في هذا العقد بناءاً على قرار مجلس الوزراء رقم (٥٨) في تاريخ ١٣٨٣/١/١٧هـ.

١٧- اتفق الفقهاء على جواز التحكيم في عقود الأشغال العامة .

١٨- يوصف عقد البوت (B.O.T) في النظام السعودي بأنه:عقد بموجبه يقوم المتعاقد مع الجهة الإدارية بتمويل وإنشاء مرفق عام واستغلاله مدة معينة وتطويره أثناء الاستغلال ورده صالحاً للتشغيل وبحالة جيدة لجهة الإدارة عند نهاية المدة.

١٩- يعرف عقد البوت (B.O.T) في الفقه الإسلامي بأنه : (اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها كاملاً، أو حسب الاتفاق خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها).

٢٠- يستفاد من دراسة قضية عقد البوت (B.O.T) بين شركة أرامكو والحكومة السعودية ما يلي :

١ أقرار الشريعة الإسلامية لجواز التحكيم في عقود الامتياز والتي تعتبر صورة من صور عقود البوت (B.O.T) في الوقت الحاضر

٢ أقرار النظام السعودي لجواز التحكيم في عقود الامتياز والتي تعتبر من صور العقود الإدارية دون النص عليه في الأنظمة السعودية في ذلك الوقت .

٢١- أختلف الفقهاء في تكييف عقد البوت (B.O.T) على صور مختلفة إلا أن جميع الصور تعتبر عقود معاوضة يجوز التحكيم فيها .

٢٢- تتعدد أنواع عقد التوريد ، منه التجاري والإداري والتعريف المعتمد في هذه الدراسة اعتباره عقداً أدارياً وهو : (اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات يلتزم بموجبه المتعاقد بتوريد منقولات معينة للإدارة لاستخدامها في تشغيل مرفق معين مقابل ثمن يحدد في العقد).

٢٣- يوجد أكثر من تعريف لعقد التوريد في الفقه الإسلامي ، والذي يتوافق مع عقد التوريد الإداري في النظام السعودي هو تعريف المطلق حيث عرفه بأنه : (عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين تسليم الطرف الآخر أشياء منقولة بثمن معين).

٢٤- عقد التوريد الذي يكون أحد أطرافه جهة إدارية ، يعتبر عقداً إدارياً ينظر في منازعاته من قبل ديوان المظالم ، ولا يجوز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الناشئة عنه إلى بعد أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء .

٢٥- اتفق الفقهاء على جواز التحكيم في عقود التوريد الإدارية لدخولها ضمن عقود المعاوضات .

٢٦-أقر النظام السعودي شرط التحكيم كطريقة من طرق الاتفاق على التحكيم في العقود الإدارية .

٢٧- على المنظم السعودي أن ينص على مواد تنظم التحكيم في العقود الإدارية الدولية لشدة الحاجة إليها في الوقت الحاضر .

٢٨- شرط التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي يوصف بأنه : إلزام الإدارة المتعاقد معها أو بالعكس بسبب العقد اللجوء إلى التحكيم لما فيه من منفعة .

٢٩- أقر الفقه الإسلامي مبدأ استقلال الشرط .

٣٠- يقصد بمشارطة التحكيم في العقود الإدارية : اتفاق الجهة الإدارية والمتعاقد معها على طرح النـــزاع القائم بينهما على محكم أو محكمين ، ليفصل أو يفصلوا فيه دون اللجوء إلى الجهة المختصة أصلاً بالفصل في هذا النـــزاع

٣١- مشارطة التحكيم في العقود الإدارية توصف بأنها : تقابل إرادة الإدارة والمتعاقد معها على أمر لم ينص عليه في العقد تتضمن الالتزام بتولية حكماً يحكم بينهما.

٣٢- قرر الفقه الإسلامي جواز مشارطة التحكيم في العقود الإدارية والإلزام بها، لأنها تحقق مصلحة ومنفعة للمتعاقدين.

٣٣- يقصد بشرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي : إلزام الدولة الجهة الإدارية والمتعاقد معها على أخذ موافقة رئيس مجلس الوزراء على التحكيم في العقود الإدارية .

٣٤- رجح الباحث أن رفض الجهة الإدارية أخذ الموافقة الأولية من الجهة المختصة بالموافقة يعتبر خطأ مرفقياً من جانبها ويترتب عليه تحمل الجهة الإدارية المسئولية عن الخطأ الذي ارتكبه ممثلي الإدارة لصالح المتعاقد معها ، ويلزمها التعويض عن الضرر الذي أصاب المتعاقد معها، ولا يرقى إلى أبطال عقد التحكيم.

٣٥- رجح الباحث أنه في حالة طلب الجهة الإدارية الموافقة على التحكيم ورفض رئيس مجلس الوزراء ،وجب عليها عدم السير في التحكيم ، لأن التحكيم في العقود الإدارية يتعلق بالمصالح العامة ورئيس مجلس الوزراء ومجلس الوزراء هم وحدهم من يقرر المصلحة في التحكيم من عدمها، فإذا سارت في عملية التحكيم كان عملها باطلاً.

٣٦- شرط الموافقة الأولية على التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي يدخل ضمن المصلحة المرسلة التي أتفق الفقهاء على حجيتها ، وعليه فأن هذا الشرط يكون صحيحاً ويجب العمل به.

٣٧- الجهة المختصة بنظر منازعات وتنفيذ حكم المحكم في العقود الإدارية في النظام السعودي ،هي ديوان المظالم.

٣٨- الجهة المختصة بنظر منازعات وتنفيذ حكم المحكم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي ، هي ديوان المظالم.

٣٩- تتعدد إجراءات تنفيذ حكم المحكم في العقود الإدارية في النظام السعودي ،لضمان سلامة الحكم وعدم معارضته للمصلحة العامة ،وفي حالة الاعتراض على الحكم و قبول الاعتراض من قبل المحكمة الإدارية ، فإنها تنظر هذا الاعتراض حسب إجراءات الدعوى المقررة في قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم .

٤٠- في النظام السعودي إذا أصبح الحكم التحكيمي نهائياً وصدق عليه الديوان وقام بتذييله بالصيغة التنفيذية فإن الحكم التحكيمي يكتسب القوه التنفيذية التي تخول بالتنفيذ الجبري.

٤١- الأصل في الفقه الإسلامي أن يتم تنفيذ حكم المحكم في العقود الإدارية طواعية ولا يشترط رضا الخصوم فإذا رفض الخصوم تنفيذ الحكم عرض الأمر على القضاء لتنفيذه ،ولقد ذهب جمهور الفقهاء أن على القاضي تنفيذه وأن خالف مذهبه ما لم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لشرع ،فإن خالف الأصول الشرعية فله نقضه.

ثانياً : التوصيات

١. على المنظم السعودي لنظام التحكيم أن يبين بعض الألفاظ والمصطلحات التي تضمنتها نصوص مواده ، مثل (التحكيم) و(شرط التحكيم) و(الجهة المختصة) .

٢. أقر النظام السعودي التحكيم الخاص والمؤسسي إلا أن الباحث يفضل إذا كان العقد الإداري داخلياً ولا يتضمن عنصراً أجنبياً أو كانت قيمة النزاع المالي في العقد قليلة نسبياً أو كان موضوعه محدداً بنقطة معينة يسهل حلها ففي هذا النوع من العقود الإدارية يفضل التحكيم الخاص، بخلاف ما إذا كان العقد الإداري يتضمن عنصراً أجنبياً أو كانت قيمة النزاع المالي في العقد كبيرة نسبياً أو كانت مدته طويلة فمثل هذه العقود يفضل فيها التحكيم المؤسسي.

٣. على المنظم السعودي أن يحدد الحالات التي يجب نظرها من قبل التحكيم المؤسسي سواء كان على أساس العقد أو قيمته أو طبيعته.

٤. أقر النظام السعودي التحكيم المقيد وأشار إلى جواز التحكيم بالصلح ،ونظراً لخطورة هذا النوع من التحكيم كما بينا فإنه ينبغي على المنظم أن ينص عليه نصا صريحاً واضحاً .

٥. الباحث يرجح عدم اشتراط كتابة وثيقة للتحكيم عند اشتراط شرط التحكيم .

٦. على المنظم السعودي أن ينص على مواد تنظم التحكيم في العقود الإدارية الدولية لشدة الحاجة إليها في الوقت الحاضر .

٧. لم يحدد المنظم السعودي كيفية استكمال البيان أو البيانات الناقصة ،والباحث يرى أنه من الأفضل في حالة بطلان وثيقة التحكيم لعدم اكتمال البيان أو البيانات الناقصة ، عمل وثيقة جديدة ، خاصة في التحكيم في العقود الإدارية لأنها تتعلق بالمصلحة العامة والتساهل فيها يمس الصالح العام ولذا كان من الأفضل عمل وثيقة جديدة مكتملة البيانات.

٨. الباحث يرى أنه من الضروري التفريق بين العقود الإدارية الداخلية والدولية من حيث أخذ الموافقة الأولية حتى يمكن الاستفادة من مميزات التحكيم ، ومن ثم أخذ الموافقة على التحكيم في العقود الإدارية الداخلية من الوزير المختص أو من يقوم مقامه حيث تقتصر أخذ الموافقة من رئيس مجلس الوزراء أو مجلس الوزراء على التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

والله أعلم.

الفهارس

١ -فهرس الآيات القرآنية

٢ -فهرس الأحاديث النبوية

٣ -فهرس المصطلحات والألفاظ الغريبة

٤ -فهرس الأعلام

٥ -فهرس المراجع والمصادر

٦ -فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

المسلسل	الآية	اسم السورة ورقم الآية	رقم الصفحة
١	قوله تعالى :(يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)	سورة البقرة آية رقم (١٨٥)	هامش ٢٢٩
٢	قال تعالى :(حَتَّى إِذَا فَشِلْتُمْ وَتَنَازَعْتُمْ فِي الأَمْرِ وَعَصَيْتُمْ مِنْ بَعْدِ مَا أَرَاكُمْ مَا تُحِبُّونَ)	سورة آل عمران رقم (١٥٢)	١٢٥
٣	قوله تعالى: (يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)	سورة النساء آية رقم (٢٩)	١٨٤
٤	قال تعالى :(فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ)	سورة النساء أية (٥٩)	١٢٥
٥	قال تعالى : (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ)	سورة المائدة رقم (١)	٣٧ ،١٤٠،١٨٤،٢٠٣ ٢٦٢،٢٠٤

٦	قوله تعالى: (وإن منكم إلا واردها)	سورة مريم آية ٧١	١٧٨
٧	قوله تعالى: (إن الذين سبقت لهم منا الحسنى أولئك عنها مبعدون)	سورة الأنبياء آية (١٠١)	١٧٨
٨	قوله تعالى : (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا)	سورة الإسراء آية رقم (٣٤)	٢٠٣
٩	قوله تعالى : (ولقد كانوا عاهدوا الله من قبل)	سورة الأحزاب آية رقم (١٧)	٢٠٤
١٠	قال تعالى :(فقد جاء أشراطها)	سورة محمد آية رقم (١٨)	١٩٨

فهرس الأحاديث النبوية[1].

المسلسل	الحديث	رقم الصفحة
١	عن ابن عمر – رضي الله عنهما- أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز..... فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : (نقركم بها على ذلك ما شئنا)	٤٤
٢	حديث معاذ رضي الله عنه حينما بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى اليمن(فقال له : أن عرض لك قضاء فبم تحكم ؟	٢٣٢
٣	قال ﷺ :(ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط)	٢٠٤
٤	قال ﷺ :(المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حـــل حراماً)	٩٠
٥	قال ﷺ :(المسلمون عند شروطهم ما وافق الحق من ذلك »	٢٠٤
٦	عن عبدالله بن حراد قال : قال رسول ﷺ أنه قال : (من حكم بين اثنين تراضيا به ، فلم يعدل فعليه لعنة الله)	٢٦٢

(١) الترتيب هنا على حسب الحروف الهجائية

فهرس الآثار

المسلسل	الأثر	رقم الصفحة
١	عن أبي البحتري أن أعرابياً أتى عثمان بن عفان رضي الله عنه : فقال : إن بني عمك عدوا على إبلي فقطعوا ألبانها وأكلوا فصلانها	١١٤
٢	روي عن ابن أبي مليكة أن عثمان ﷺ ابتاع من طلحة ﷺ أرضاً بالمدينة ناقله بأرض له بالكوفة	٢٦٢،٢٦٣

فهرس الأعلام[1].

المسلسل	الأعلام	رقم الصفحة
١.	إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي	١١٧
٢.	أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن القرافي	٢٣٠
٣.	أحمد بن عبدالحليم بن عبدالسلام بن عبدالله بن أبي القاسم ، بن تيمية	٢٠٤
٤.	أحمد بن عمر الجهر الشيباني ، أبو بكر المعروف بالخصاف	١١٥
٥.	أحمد بن محمد بن أحمد العدوي ، أبو البركات الشهير بالدردير	١١٦
٦.	شهاب الدين أحمد بن يونس الشلبي	٨٧
٧.	عبدالرحيم بن الحسن علي الأسنوي الشافعي	٢٠٢
٨.	عبدالعزيز بن أحمد بن نصر بن صالح البخاري الحلواني	١١٥
٩.	عبدالعزيز بن عبدالسلام بن أبي قاسم بن الحسن الدمشقي	٢٠٠
١٠.	عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي السبكي	٢٠١
١١.	علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني	١٣٦

(١) الترتيب هنا على حسب الحروف الهجائية

١٢.	علي بن سليمان بن أحمد الدمشقي المرداوي	١١٩
١٣.	علي بن محمد بن حبيب الماوردي	١١٧
١٤.	فخر الدين عثمان بن علي محجن الزيلعي	٨٧
١٥.	محمد بن أحمد بن سهل، أبو بكر السرخسي	١١٥
١٦.	محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي ، ابن القيم	٢٠٤
١٧.	محمد بن عبد الله ، المعروف بابن العربي المعافري الأندلسي	١٠٣
١٨.	محمد بن محمد بن الغزالي الطوسي	٢٠١
١٩.	محمد بن محمد بن محمود البابرتي	٨٨
٢٠.	منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي	٢٠٢

فهرس المراجع والمصادر[1].

١ - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر ، محمد النجار: المعجم الوسيط ، دار الدعوة، تحقيق: مجمع اللغة العربية

٢ - الأحدب ، عبدالحميد الأحدب :التحكيم أحكامه ومصادره ، مؤسسة نوفل، بيروت ، ١٩٩٠م.

٣ - الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد :تهذيب اللغة، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠١م ، الطبعة الأولى ، تحقيق محمد عوض.

٤ - الأسنوي ، جمال الدين عبدالرحيم : نهاية السول في شرح منهاج الأصول ، عالم الكتب، بدون طبعة.

٥ - الآمدي ، علي محمد : الإحكام في أصول الأحكام ، دار الكتاب العربي ، بيروت ،١٤٠٤هـ ، تحقيق : سيد الجميلي.

٦ - ابن أمير حاج ، محمد بن محمد : التقرير والتحرير في علم الأصول ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤١٧هـ.

٧ - أمين ، محمد سعيد أمين: خصوصية التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧.

---

(١) الترتيب هنا على حسب الحروف الهجائية

٨ – أوهاب. نذير محمد: نظرية العقد الإداري دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون، معهد الإدارة العامة ١٤٢٧هـ.

٩ – البابرتي، محمد بن محمد : شرح العناية على الهداية ، مع شرح فتح القدير ، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

١٠ –باشا. محمد قدري: مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية ، ببولاق مصر المحمية ، سنة ١٣٠٨هـ .

١١ –البحاد، محمد ناصر: التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، ١٤٢٠ هـ الرياض.

١٢ –بخيت، أحمد محمد: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشر في دولة الإمارات.

١٣ –بدر، أحمد سلامة: العقود الإدارية وعقود البوت (B.O.T)، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.

١٤ – البنا. محمود عاطف: العقود الإدارية، دار الفكر العربي الطبعة الأولى، ١٤٢٨ هـ

١٥ – البهوتي، منصور بن يونس :كشاف القناع على متن الإقناع ، دار الفكر ، بيروت، ١٤٠٢ هـ ، تحقيق: هلال مصيلحي.

١٦ – البيهقي ، أبو بكر أحمد بن الحسين : معرفة السنن والآثار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، تحقيق : سيد كوري حسن.

١٧ – البيهقي ، أحمد بن الحسين : سنن البيهقي الكبرى ، مكتبة دار البار ، مكة ، ١٤١٤هـ.

١٨ – الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي: الجامع الصحيح سنن الترمذي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون

١٩ –ابن تيمية ، أحمد بن عبدالرحيم : مجموع الفتاوى ، مكتبة ابن تيمية ، الطبعة الثانية، تحقيق : عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي.

٢٠ – الجرجاني . علي محمد : التعريفات، دار الكتاب العربي، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥ هـ ، تحقيق: إبراهيم الأبياري

٢١ – الجصاص. أبو بكر أحمد بن علي: أحكام القرآن، دار المعرفة ، بدون طبعة ،وبدون سنة نشر.

٢٢ –جمعية المجلة: مجلة الأحكام العدلية، دار النشر: كارخانه تجارة الكتب، تحقيق: نجيب هوادينى.

٢٣ – الجواهري، حسن الجواهري: عقود التوريد والمناقصات، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، المكتبة الشاملة، العدد الثاني عشر، ص٧٥٤.

٢٤ – الجوهري، إسماعيل بن حمّاد: الصحاح، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٩٩٠م، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار.

٢٥ – الحاكم ، محمد بن عبدالله الحاكم : مستدرك الحاكم ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، تحقيق : مصطفى عبدالقادر عطا .

٢٦ –حجازي، عبد الفتاح بيومي: عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨م.

٢٧ – ابن حجر ، أحمد بن علي : فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، دار الحديث ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ.

٢٨ –الحداد، حفيظة السيد : الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، ٢٠٠١م.

٢٩ – الحداد . حفيظة السيد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤ م.

٣٠ –الحصكفي، محمد علاء الدين بن علي : الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، دار الفكر ، بيروت

٣١ – الحلو، ماجد راغب: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٤م.

٣٢ -حمد الله، حمد الله محمد: النظام التحاري السعودي، خوارزم للنشر والتوزيع، جدة، الطبعة الثانية، ١٤٢٥هـ.

٣٣ -حيدر، علي حيدر: درر الحكام شرح مجله الأحكام، دار الكتب العلمية ، لبنان ، بيروت، تحقيق: تعريب المحامي: فهمي الحسيني.

٣٤ - الخضير، خالد عبد الله:التحكيم في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة الأزهر كلية الشريعة والقانون، لعام ١٤٢٩هـ.

٣٥ -الخلاوي . أحمد يوسف : أنواع التحكيم ، بحث مقدم في الندوة (الصلح والتحكيم) المقامة في الطائف في الفترة من ١٥-١٦/٥/١٤٢٤هـ .

٣٦ - ابن خلكان ، أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر : وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، سنة ١٩٧١م ، الطبعة الأولى، تحقيق : إحسان عباس .

٣٧ -خليفة ،عبد العزيز عبد المنعم : التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، ٢٠٠٦م

٣٨ - الدردير ، أحمد بن محمد أبو البركات : الشرح الكبير ، دار الفكر ، بيروت، تحقيق : محمد عليش .

٣٩ - الدوري ، قحطان عبد الرحمن : عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مطبعة الخلود ، بغداد، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ.

٤٠ – الذهبي . شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان : سير أعلام النبلاء ، مؤسسة الرسالة ،تحقيق :شعيب الارنؤط .

٤١ – الذهبي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد : تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ، دار الوطن ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٤هـ ، تحقيق : مصطفى أبو الغيط.

٤٢ – الذهبي، محمد بن أحمد بن عثمان : معجم المحدثين ، مكتبة الصديق ، الطائف، ١٤٠٠هـ الطبعة الأولى .

٤٣ – الرازي ، محمد بن أبي بكر : مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، ١٤١٥ هـ ، ١٩٩٥م، طبعة جديدة ، تحقيق ، محمود خاطر.

٤٤ – الزحيلي، وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته ،دار الفكر، دمشق، الطبعة الرابعة ، ١٤١٨ هـ

٤٥ – الزرقاء ، مصطفى أحمد :المدخل الفقهي، وما بعدها ، دار القرن ،الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٤٦ – الزركشي ، بدر الدين محمد الشافعي: المنثور في القواعد،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، حققه د. تيسير فائق أحمد وراجعه د. عبد الستار أبو غده.

٤٧ – الزركلي ، خير الدين بن محمود بن محمد : الأعلام ، دار العلم للملايين، الطبعة الخامسة عشر ، ٢٠٠٢م.

٤٨ – أبو زهرة، محمد أبو زهرة: الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ، القاهرة.

٤٩ – الزيد ، زيد بن عبد الكريم : مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي ، بحث مقدم في ندوة التحكيم والصلح ، المقامة في الطائف في الفترة من ١٥-١٤٢٤/٥/١٦هـ.

٥٠ – الزيلعي ، فخر الدين عثمان بن علي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، بالمطبعة الكبرى الأميرية ، ببولاق مصر ، ١٣١٣هـ ، وبهامشه حاشية الشيخ شهاب الدين أحمد الشلبي

٥١ – السبكي ، تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي : جمع الجوامع في أصول الفقه ،منشورات محمد علي بيضون ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٤هـ.

٥٢ – السرخسي ، شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل : المبسوط ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى ، ١٤٢١هـ. دراسة وتحقيق :خليل محي الدين الميسي

٥٣ – أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم: بحث بعنوان (عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك)، نشر على موقع المسلم www.almoslim.net بتاريخ ١٤٣١/٣/٢٩هـ.

٥٤ –أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم: عقد التوريد دراسة فقهية تحليلية، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، المكتبة الشاملة العدد الثاني عشر.

٥٥ – الصواحي ، علي محمد : اتفاق التحكيم واستقلاله دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة بين الشريعة الإسلامية والأنظمة الوضعية مع التركيز على نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى ، ١٤٣٠هـ.

٥٦ – سوسوه ، عبدالمجيد محمد:أثر التحكيم في الفقه الإسلامي ، مجلة الشريعة والقانون ، العدد الثاني والعشرون ، ذو القعدة ، ١٤٢٥هـ.

٥٧ – السيوطي ، عبدالرحمن بن أبي بكر : الدر المنثور في التفسير بالمأثور ، مركز هجر ، مصر ، ١٤٢٤هـ.

٥٨ – الشاذلي ، حسن علي : نظرية الشرط في الفقه الإسلامي ، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٤٣٠هـ.

٥٩ – الشاطبي، إبراهيم بن موسى : الاعتصام ، مكتبة التوحيد ، ضبطه وعلق عليه وخرج أحاديثه أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان .

٦٠ – الشربيني، محمد الخطيب: مغني المحتاج إلى معرفه ألفاظ المنهاج، دار الفكر ، بيروت.

٦١ –شعبان ، إبراهيم عطا : التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث مطبوع في جامعة محمد بن سعود الإسلامية لعام ١٤٠٩هـ.

٦٢ –شفيق، علي شفيق: الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في المملكة، الإدارة العامة للطباعة والنشر، معهد الإدارة العامة، ١٤٢٣ هـ.

٦٣ – الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد مختار الشنقيطي : أضواء البيان في أيضاح القرآن بالقرآن ،دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤١٥ هـ . ١٩٩٥ م، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات .

٦٤ – الشيخ ،عصمت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤٢٤هـ.

٦٥ – الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف: المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الفكر ، بيروت.

٦٦ – الطالقاني، إسماعيل بن عباد: المحيط في اللغة، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ، تحقيق: الشيخ محمد حسن.

٦٧ – الطبري ، محمد بن جرير : جامع البيان في تأويل القرآن ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ ، تحقيق ، أحمد محمد شاكر .

٦٨ – الطرابلسي ، علي بن خليل أبو الحسن علاء الدين : معين الحكام ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٣م .

٦٩ – الطماوي ،سليمان محمد : الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٤٢٩هـ.

٧٠ – الظاهر، خالد خليل: القضاء الإداري، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض ، الطبعة الأولى، ١٤٣٠ هـ.

٧١ – ابن عابدين، محمد أمين:حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت .

٧٢ – العاطفي ، سلطان راشد : الفرق بين التحكيم والوسائل الأخرى في حسم المنازعات، بحث مقدم في الندوة (الصلح والتحكيم) المقامة في الطائف في الفترة من ١٥-١٦/٥/١٤٢٤ هـ.

٧٣ –عبدالسلام ، أبو محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار المعارف ، بيروت ، تحقيق : محمود التلاميد الشنقيطي.

٧٤ – عبدالهادي ،بشار جميل:التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥م.

٧٥ – عبدالهادي، شمس الدين محمد بن أحمد :تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق ، دار أضواء السلف ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨هـ ، تحقيق : سامي محمد جاد الله

٧٦ – العبدري، محمد بن يوسف : التاج والإكليل لمختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٨هـ.

٧٧ –عثمان ، خالد أحمد : التحكيم في العقود الإدارية ، مقال نشر على الشبكة العنكبوتية على موقع الصحيفة الاقتصادية الالكترونية

.www.alegt.com

٧٨ –عثمان ، خالد أحمد :مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد ، مقال نشر في الجريدة الاقتصادية السبت ٥ جمادى أول ١٤٢٩هـ ، العدد ٥٣٢٥.

٧٩ – العثماني، محمد فقي: عقود التوريد والمناقصات، بحث في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، المكتبة الشاملة، العدد الثاني عشر.

٨٠ – ابن عثيمين ، محمد بن صالح : الشرح الممتع على زاد المستقنع ، دار ابن الجوزي ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢-١٤٢٨هـ.

٨١ –ابن العربي ، أبو بكر محمد بن عبد الله : أحكام القرآن ، دار الفكر للطباعة والنشر ، لبنان ، تحقيق . محمد بن عبد القادر عطا .

٨٢ -حرفه ، محمد السيد: التحكيم والصلح وتطبيقاتها في المجال الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٧ هـ.

٨٣ – العسكر، عبد الله إبراهيم: النفط في عهد الملك سعود بن عبد العزيز، بحث مقدم لندوة الملك سعود، من ٥-١٤٢٧/١١/٧هـ.

٨٤ – العصار . يسري محمد : التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية دراسة مقارنة، مطبعة كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠٠٩م.

٨٥ -عليش ، محمد عليش : منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت، ١٤٠٩هـ.

٨٦ -عمران، فارس محمد : قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى ، المركز القومي للإصدارات القانونية، ، ، الطبعة الأولى ٢٠١٠.

٨٧ -عمران ،محمد عمران وعمر أبو بكر، وغيرهم: المقدمة في دراسة الأنظمة، دار حافظ، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

٨٨ -عمر، حمدي علي: التحكيم في عقود الإدارة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧م.

٨٩ – العوا، فاطمة محمد : عقد التحكيم في الشريعة والقانون، المكتب الإسلامي ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ.

٩٠ – الغزالي ،حسن أحمد: التحكيم في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٠٩هـ.

٩١ – الغزالي، محمد بن محمد : المستصفى في علم الأصول ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ ، تحقق : محمد عبدالسلام عبدالشافي .

٩٢ – الغمراوي، محمد الزهري: السراج الوهاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

٩٣ – ابن فارس، أبي الحسين أحمد: معجم مقاييس اللغة، دار الجيل، ، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٠ هـ

٩٤ – ابن فرحون ، إبراهيم بن محمد : تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت ،١٤٢٢ هـ .

٩٥ –آل فريان ، عبد العزيز بن عبد الرحمن: التحكيم الوطني والأجنبي وطرق تنفيذ أحكامه في المملكة ، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى ، ١٤٢٨ هـ.

٩٦ – الفقي ، عمرو عيسى: الجديد في التحكيم في الدول العربية ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

٩٧ – الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب:القاموس المحيط ، مؤسسة الرسالة، بيروت.

٩٨ -قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢م.

٩٩ - القانون المدني الكويتي رقم ٢٢ وتاريخ ٢٠٠٤م.

١٠٠ - القانون المدني المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

١٠١ -قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم ١٣ لسنة ١٩٩٠م.

١٠٢ -ابن قدامه ،عبدالله أحمد: روضة الناظر وجنة المناظر ، جامعة الأمام محمد بن سعود ، الطبعة الثانية ، ١٣٩٩هـ ، تحقيق : عبدالعزيز السعيد.

١٠٣ - ابن قدامة ،عبدالله أحمد :المغني ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ.

١٠٤ -ابن قدامة ،عبدالله أحمد :المقنع وابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد، الشرح الكبير، ومعهما: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، لعلي بن سليمان المرداوي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر للطباعة والتوزيع والإعلان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

١٠٥ - ابن قدامه ،عبدالله أحمد:الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل، ، المكتب الإسلامي، بيروت.

١٠٦ - قرارات ديوان المظالم ، عام ١٤٠٠ هـ.

١٠٧ -قرار مجلس الوزراء رقم ٧٤٦ في ١٣٨٩/٤/٢٣هـ.

١٠٨ -قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٨٢ (١٩/٨)في دورته التاسعة عشر المنعقدة في الشارقة عام ١٤٣٠هـ.

١٠٩ -قرار مجمع الفقه الإسلامي بجده رقم (٦١) بتاريخ ذي القعدة ١٤٢٥هـ.

١١٠ -قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٧ (١ /١٢) في دورته الثانية عشر المنعقدة في الرياض عام ١٤٢١هـ.

١١١ -قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٢٩(١٤/٣) المنعقد في الدوحة سنة ١٤٢٣هـ.

١١٢ - قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٦٥ (٧/٣) في دورته السابعة المنعقدة في جدة عام ١٤١٢هـ.

١١٣ - القرافي ، شهاب الدين أحمد بن إدريس : شرح تنقيح الفصول في اختيار المحصول في الأصول ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٢٤هـ.

١١٤ - القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس: الذخيرة، دار العرب، بيروت، تحقيق محمد حجي.

١١٥ -قرر رقم ٩١(٩/٨) في دورة مؤتمره التاسع بأبوظبي في دولة الإمارات العربية المتحدة

١١٦ – القرطبي، محمد بن أحمد بن رشد: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل للمسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ، تحقيق: محمد صبحي وآخرون.

١١٧ –قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الصادرة بقوار مجلس الوزراء رقم (١٩٠) وتاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ

١١٨ –ابن القيم ، محمد بن أبي بكر : إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الجيل ، بيروت، ١٩٧٣م، تحقيق : طه عبدالرؤوف سعد.

١١٩ – الكتاني ، الشيخ عبد الحي الكتاني: نظام الحكومة النبوي المسمى التراتيب الإدارية، دار الكتاب العربي، بيروت.

١٢٠ –اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم صدرت بقرار مجلس الوزراء رقم٢٠٢١/٧/م في ١٤٠٥/٩/٨هـ.

١٢١ –بن مازة ، برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز : شرح كتاب أدب القاضي ، الدار العربية للطباعة ، بغداد، تحقيق : محي هلال السرحان.

١٢٢ – الماوردي. علي بن محمد : الأحكام السلطانية والولايات الدينية ، تحقيق : أحمد مبارك البغدادي ، دار ابن قتيبة ، الكويت ، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.

١٢٣ – الماوردي، علي بن محمد : أدب القاضي، مطبعة الإرشاد، بغداد ، ١٩٧١م.

١٢٤ – الماوردي، علي بن محمد: الحاوي الكبير في فقه الشافعي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.

١٢٥ –محمود ،سيد أحمد :التحكيم في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، الطبعة الأولى،القاهرة،١٩٩٨م.

١٢٦ – المجني ،حمزة علي : القانون التجاري السعودي، دار المدني ، جدة ، الطبعة الخامسة ١٤٢١هـ.

١٢٧ – المرداوي ، علي بن سليمان بن أحمد: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤١٨هـ ،تحقيق : أبي عبد الله محمد بن حسن إسماعيل.

١٢٨ –المرغيناني، علي بن أبي بكر، بداية المبتدي، مكتبة ومطبعة محمد علي ، القاهرة.

١٢٩ – المرغيناني، علي بن أبي بكر : الهداية شرح البداية، ، المكتبة الإسلامية.

١٣٠ –مسلم، مسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري :صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ،بيروت ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي.

١٣١ -المطلق، عبد الله بن محمد: عقد التوريد دراسة شرعية، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، العدد العاشر في جمادي الآخرة ١٤١٤هـ.

١٣٢ -المطوع، سالم بن صالح: العقود الإدارية على ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي، مطبعة النرجس، الطبعة الثانية ١٤٢٩هـ.

١٣٣ - المغربي ، محمد بن عبد الرحمن المغربي الملقب بالحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الفكر ، بيروت ، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.

١٣٤ -ابن الملقن ، سراج الدين عمر بن أحمد : البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير ، دار الهجرة ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٥هـ، تحقيق: مصطفى أبو الغيط.

١٣٥ -المناوي ، محمد عبد الرؤوف: التعاريف، دار الفكر المعاصر، دار الفكر - بيروت ، دمشق، ١٤١٠ هـ، الطبعة الأولى، تحقيق: د. محمد رضوان الداية.

١٣٦ -المزلاوي ، صالح جابر : نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية (الواقع والمأمول) ، بحث نُشر في مجلة المحامين العرب ، العدد الرابع.

١٣٧ -ابن منظور ، محمد بن مكرم : لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، الطبعة الأولى.

١٣٨ -سهنا ، محمد فوائد: مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعات، الإسكندرية، ١٩٧٨م.

١٣٩ -موسوعة الأعلام ، موقع وزارة الأوقاف المصرية

١٤٠ - الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية الكويتية ، دار السلاسل ، الكويت ، الطبعة الثانية .

١٤١ - الموصلي ، عبد الله بن محمود : الاختيار لتعليل المختار ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الثانية ، ١٤٢٦هـ تحقيق : عبد اللطيف محمد عبد الرحمن.

١٤٢ - ابن نجيم : الأشباه والنظائر مع شرح غمز عيون البصائر للحموي، منشورات إدارة القرآن والعلوم الإسلامية بكراتشي باكستان.

١٤٣ - ابن نجيم، زين الدين إبراهيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثانية.

١٤٤ -النظام الأساسي للحكم في المملكة الصادر بالأمر الملكي رقم أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ.

١٤٥ - نظام أصول المحاكمات السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣م .

١٤٦ -نظام تأمين مشتريات الحكومة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م / ١٤ وتاريخ ٤/٧ / ١٣٩٧م.

١٤٧ -نظام التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م

١٤٨ -نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٤٦/ وتاريخ ١٤٠٣/٧/١٢هـ .

١٤٩ -نظام التحكيم العُماني رقم ٤٧/٩٧ لسنة ١٩٩٧م.

١٥٠ -نظام التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م.

١٥١ -نظام ديوان المظالم الصادر بقرار مجلس الوزراء الرقم م ٧٨وتاريخ ١٩/ ٩/ ١٤٢٨هـ.

١٥٢ -نظام المحكمة التحاري السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م /٣٢ وتاريخ ١٣٥٠/١/١٥هـ.

١٥٣ -نظام المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٠م.

١٥٤ -نظام المدني الليبي الصادر سنة ١٩٥٣م.

١٥٥ -نظام المرافعات المدنية والتحارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠م

١٥٦ -نظام المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م

١٥٧ - النووي، يحيى بن شرف: تحرير ألفاظ التنبيه، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ، تحقيق: عبد الغني الدقر.

١٥٨ -ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبدالرحمن السيواسي : شرح فتح القدير ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٤هـ ، على

الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ، علق عليه وأخرج آياته وأحاديثه : عبدالرزاق المهدي.

١٥٩ -هيكل ، السيد خليل: القانون الإداري السعودي، دار الزهراء، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

١٦٠ -واصل ، نصر فريد : السلطة القضائية ونظام القضاء الإسلامي في الإسلام ، ص ٨٨ ، المكتبة التوفيقية ، مصر، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ.

١٦١ -والي، فتحي والي :الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٨٧م.

١٦٢ -أبو الوفاء ،أحمد أبو الوفاء: عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧م.

◊. المواقع الالكترونية على الشبكة العنكبوتية :

١٦٣ -www.4shared.com/

١٦٤ - http://www.zuhayli.net

١٦٥ -http://www.d-nashmi.com

١٦٦ -موقع وزارة الشئون البلدية والقروية، قسم: نماذج عقود وتقارير موحدة.